

Analogie und nichteheliche Lebensgemeinschaft am
Beispiel des § 1362 Abs. 1 BGB – zugleich ein
Beitrag zu vertraglichen und gesetzlichen
Regelungen von nichtehelichen
Lebensgemeinschaften

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades des
Doktors der Rechte der Universität Mannheim

vorgelegt von

Stefan Steeg

aus: Ludwigshafen am Rhein

Referent: Prof. Dr. Gerd Brudermüller

Koreferent: Prof. Dr. Ulrich Falk

Dekan: Prof. Dr. Frank Maschmann

Tag der mündlichen Prüfung: 9. März 2009

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2008 von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre – Abteilung Rechtswissenschaft der Universität Mannheim als Dissertation angenommen.

Recht herzlich zu danken habe ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gerd Brudermüller, der diese Arbeit angeregt und durch seine Beratung und konstruktive Kritik gefördert hat. Für die Anfertigung der Zweitkorrektur danke ich überdies Herrn Prof. Dr. Ulrich Falk.

Ludwigshafen am Rhein , im März 2009

Stefan Steeg

Inhaltsübersicht

A. Einführung	1
B. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft	4
C. Voraussetzungen des § 1362 Abs. 1 BGB	26
D. Rechtsbehelfe im Rahmen von §§ 1362 BGB, 739 ZPO	32
E. Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB	36
F. Analog anwendbare Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	43
G. Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften	101
H. Vertragsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaften	119
I. Die gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	170
J. Zusammenfassung und Thesen	221

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Fragestellung und Zielsetzung	1
II. Forschungsstand	1
III. Problemstellung	2
 B. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft	 4
I. Allgemeines und Statistik	4
II. Geschichtliche Entwicklung	6
III. Vor- und Nachteile	8
1. Vorteile	9
2. Nachteile	10
IV. Begründung und Definition	11
1. Verfassungsrecht	11
2. Einfaches Gesetzesrecht	13
V. Anwendbare allgemeine Gesetzesvorschriften	14
VI. Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts	14
VII. Beendigung	15
VIII. Kinder in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	16
IX. Rechtsvergleichender Überblick	21
X. Sachliche Zuständigkeit	24
 C. Voraussetzungen des § 1362 Abs. 1 BGB	 26
I. Tatbestand	26
1. Bewegliche Sache	26
2. Besitzstellung	27
3. Kein Getrenntleben	28
4. Wirkung der gesetzlichen Vermutung	28
II. Widerlegung der Besitzvermutung	29
III. Scheingeschäfte zur Umgehung des § 1362 Abs. 1 BGB	30
IV. Typische Fallkonstellation	31
 D. Rechtsbehelfe im Rahmen der §§ 1362 BGB, 739 ZPO	 32
I. Allgemeines	32
II. Rechtsbehelfe des Schuldners oder Ehegatten	33
1. Vollstreckungserinnerung	33
2. Drittwiderspruchsklage des Ehegatten	35
III. Rechtsbehelfe des Gläubigers	35

E. Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB	36
I. Hintergrund	36
II. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG	36
1. Teilweise vertretene Literaturmeinung	38
2. Herrschende Meinung	39
3. Stellungnahme	39
III. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	40
1. Teilweise vertretene Auffassung	40
2. Herrschende Meinung	40
3. Stellungnahme	41
IV. Stellungnahme	42
 F. Analog anwendbare Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	 43
I. Entsprechend anwendbare Gesetzesvorschriften	43
1. Analoge Anwendung des § 1359 BGB	43
a) Meinungsstreit	44
b) Stellungnahme	45
2. Analoge Anwendung des § 1093 Abs. 2 BGB	46
a) Meinungsstreit	46
b) Stellungnahme	47
3. Analoge Anwendung des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 569a Abs. 2 BGB a.F.)	47
a) Meinungsstreit	48
b) Stellungnahme	50
4. Analoge Anwendung des § 1969 BGB	50
a) Meinungsstreit	51
b) Stellungnahme	52
5. Einbeziehung des Lebensgefährten bei § 553 Abs. 1 BGB	52
a) Meinungsstreit	53
b) Stellungnahme	54
6. Analoge Anwendung des § 1932 Abs. 1 BGB	55
a) Meinungsstreit	55
b) Stellungnahme	56
7. Entsprechende Anwendung bei § 116 Abs. 6 SGB X	58
II. Ausscheiden einer analogen Anwendung	61
1. Keine analoge Anwendung bei § 1357 Abs. 1 BGB	62
a) Meinungsstreit	62
b) Stellungnahme	63
2. Keine analoge Anwendung bei § 1361b Abs. 1 BGB	64
a) Meinungsstreit	64
(1) Entsprechende Anwendung der Hausratsverordnung	66
(2) Meinungsstreit	66
(3) Stellungnahme	68
b) Stellungnahme.....	69

3. Keine analoge Anwendung bei § 1931 Abs. 1 BGB	71
a) Meinungsstreit	71
b) Stellungnahme	73
4. Keine Erstreckung des § 844 Abs. 2 BGB auf nichteheliche Lebensgefährten	74
a) Meinungsstand	74
b) Stellungnahme	76
III. Sonstige mit der Ehe vergleichbare Fälle	76
1. Unterhaltsrecht	76
a) Unterhaltspflicht zwischen Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	77
(1) Früheres Verhältnis von § 1615I BGB zu § 1570 BGB	80
(2) Verfassungswidrigkeit des § 1615I BGB	82
(2.1) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	84
(2.2) Auffassung des Schrifttums	86
(2.3) Unterhaltsreform	87
(3) Stellungnahme	88
b) Auswirkungen auf bestehende eherechtliche Unterhaltspflichten	90
2. Sittenwidrige Bürgschaft	93
3. Ersatzzustellung	94
a) Meinungsstand	94
b) Heutige Gesetzeslage	97
4. Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO	97
a) Meinungsstreit	98
b) Stellungnahme	99

G. Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften	101
I. Allgemeines	101
II. Teilweise vertretene Auffassung	102
III. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.12.2006	103
IV. Urteilsanmerkungen	107
1. Urteilsanmerkung von Metz	107
2. Urteilsanmerkung von Böttcher	108
3. Urteilsanmerkung von Ahrens	110
4. Urteilsanmerkung von Roth	111
V. Herrschende Meinung und eigene Bewertung	113
VI. Stellungnahme	116
H. Vertragsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaften	119
I. Einführung	119
II. Vertragliche Regelungen	119
1. Konkludente Partnerschaftsverträge	119
2. Ausdrückliche Partnerschaftsverträge	122
3. Sittliche Pflicht	126
4. Gesellschaftsrechtlicher Ansatz	128
a) Frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	128
b) Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	137

c) Literaturansätze	139
d) Voraussetzungen eines gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruches	142
(1) Absicht gemeinsamer Wertschöpfung	142
(2) Konkreter Vermögensgegenstand	143
(3) Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	143
(4) Kein Vorrang anderweitiger Regelungen	144
(5) Rechtsfolge	144
(6) Beispiel	144
e) Stellungnahme	145
5. Ansprüche aus einer Gemeinschaft	146
6. Ansprüche aus dem Schenkungsrecht	147
7. Bereicherungsrecht	149
a) Frühere Rechtsprechung	150
b) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.10.2007	153
c) Literaturansätze	155
d) Stellungnahme	157
8. Grenzen vertraglicher Regelungen	157
9. Sonstige Anspruchsgrundlagen	160
a) Deliktsrecht	160
b) Wegfall der Geschäftsgrundlage	161
(1) Meinungsstand	161
(2) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.10.2007	163
(3) Stellungnahme	163
c) Gesamtschuldnerausgleich	165
d) Geschäftsführung ohne Auftrag	167
III. Stellungnahme	168

I. Die gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	170
I. Allgemeines	170
II. Ungewollter Rechtsschutz	171
III. Lösungsansätze	173
1. Peter Weimar	173
2. Eva Marie v. Münch	174
3. Anne Röthel	175
4. Nina Dethloff	175
5. Jens M. Scherpe	177
6. Hans-Martin Käser	179
7. Vorschläge des 57. Deutschen Juristentages	180
8. Manfred Lieb	180
9. Dieter Martiny	185
10. Klaus Schumacher	185
11. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen	187
12. Klaus Vogelsang	189
13. Herbert Trimbach und Assem el Alami	190
14. Uwe Diederichsen	191

15. Einzelvorschläge	192
16. Politische Stellungnahmen	195
IV. Rechtsvergleichung	197
1. Frankreich	198
2. Niederlande	199
3. Schweden	201
4. Australien	202
5. Andere Länder	204
V. Model Family Code	206
VI. Lösungsvorschlag	208
1. Einführung	208
2. Zum Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	210
a) Definition	210
b) Anforderungen und Kriterien des Zusammenlebens	211
c) Dauer	211
d) Persönliche Beziehungen	212
3. Der Publizitätsakt	212
4. Unterhaltsrecht	213
5. Güterrecht	216
6. Kindschaftsrecht	217
7. Mietrecht	218
8. Erbrecht	219
9. Sonstige Rechtsgebiete	220
10. Sachliche Zuständigkeit „.....“	220
J. Zusammenfassung und Thesen	221
I. Allgemeine Thesen	221
II. Besondere Thesen	223

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

Bamberger/Roth, Bürgerliches Gesetzbuch, Online-Kommentar, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth)

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 66. Auflage, München 2008 (Baumbach/Lauterbach)

Dolzer/Abraham [Hrsg.], Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2. Bearbeitung, Heidelberg 1990 (*Bearbeiter*, in: BonnerKommentar)

Dreier [Hrsg.], Grundgesetz, Kommentar, Tübingen 2004 (*Bearbeiter*, in: Dreier-GG)

Hoppenz/Hülsmann, Der reformierte Unterhalt – Kommentar des neuen und alten Rechts, Heidelberg 2008 (*Hoppenz/Hülsmann*)

Jaeger/Lent/Weber, Konkursordnung, 8. Auflage, Berlin 1958 (Jaeger/Lent/Weber)

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 8. Auflage, München 2006 (Jarass/Pieroth)

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, München 2007 (*Bearbeiter*, in: Jauernig)

Johannsen/Henrich, Eherecht, 4. Auflage, München 2003 (*Bearbeiter*, in: Johannsen/Henrich)

Kleinknecht/Müller [Hrsg.], KMR Strafprozessordnung, München 2006 (*Bearbeiter*, in: KMR-StPO)

Kropholler, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, München 2006 (Kropholler)

Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Köln 2005 (*Bearbeiter*, in: Leibholz/Rinck)

Löwe/Rosenberg, Strafprozessordnung und GVG, 25. Auflage, Berlin 1998 (*Bearbeiter*, in: Löwe/Rosenberg)

Maunz/Dürig, Grundgesetz, 4. Auflage, München 2005 (*Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig)

Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 49. Auflage, München 2006 (Meyer-Goßner)

Palandt [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 67. Auflage, München 2008 (*Bearbeiter*, in: Palandt)

Prütting/Wegen/Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, Neuwied 2007 (*Bearbeiter*, in: Prütting/Wegen/Weinreich)

Rauscher/Wax/Wenzel [Hrsg.], Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000 bis 2002 (*Bearbeiter*, in: MünchKomm-ZPO)

Rebmann/Säcker/Rixecker [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. und 5. Auflage, München 2000 bis 2007 (*Bearbeiter*, in: MünchKomm-BGB)

RGRK, Bürgerliches Gesetzbuch, Rechtsprechungskommentar, 12. Auflage, Berlin 1984 (*Bearbeiter*, in: RGRK)

Rolland [Hrsg.], Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz, 2. Auflage, Neuwied 1993 (Rolland)

Rudolphi/Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2006 (*Bearbeiter*, in: SK-StPO)

Sachs, Grundgesetz, 4. Auflage, München 2007 (*Bearbeiter*, in: Sachs)

Saenger/Dörner [Hrsg.], Handkommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Baden-Baden 2007 (*Bearbeiter*, in: HandKomm-ZPO)

Schulze/Dörner [Hrsg.], Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2007 (*Bearbeiter*, in: HandKomm-BGB)

Soergel [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Stuttgart 1988, 13. Auflage, Berlin 2000 (*Bearbeiter*, in: Soergel)

Staudinger [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 12. und 13. Auflage, Berlin 2000 bis 2007 (*Bearbeiter*, in: Staudinger)

Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2002 (*Bearbeiter*, in: Stein/Jonas)

Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 27. und 28. Auflage, München 2005 und 2007 (*Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo)

Viefhues/Putzo [Hrsg.], Juris Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Saarbrücken 2005 (*Bearbeiter*, in: Juris-PraxisKomm)

v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Auflage, München 2005 (*Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck)

v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 4. Auflage, München 1992 (*Bearbeiter*, in: Münch/Kunig)

Weinreich/Klein, Familienrecht, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 3. Auflage, Köln 2008 (*Bearbeiter*, in: Weinreich/Klein)

Westermann [Hrsg.], Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Köln 2004 (*Bearbeiter*, in: Erman)

Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Berlin 1999 (*Bearbeiter*, in: Wieczorek/Schütze)

Zöller [Hrsg.], Zivilprozessordnung, 27. Auflage, Köln 2008 (*Bearbeiter*, in: Zöller)

II. Lehrbücher und Standardwerke

Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Auflage, Köln 1999 (*Baumgärtel/Laumen*)

Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Auflage, Heidelberg 1995 (*Baur/Stürner*)

Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, 26. Auflage, München 1992 (*Beitzke/Lüderitz*)

Beulke, Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2006 (*Beulke*)

Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Auflage, Köln 2003 (*Brox/Walker*, ZVR)

De Witt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, München 1986 (*De Witt/Huffmann*)

Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Handbuch des Fachanwalts für Familienrecht, 6. Auflage, Neuwied 2008, (*Bearbeiter*, in: Handbuch-FA-FamR)

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Auflage, München 2006 (*Gernhuber/Coester-Waltjen*)

Giesen, Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen 1997 (*Giesen*)

Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Auflage, München 2006 (*Grziwotz*)

Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Auflage, Berlin 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hausmann/Hohloch)

Henrich, Familienrecht, 5. Auflage, Berlin 1995 (*Henrich*)

Hollerbach/Maier/Mikat, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Paderborn 1985 (*Bearbeiter*, in: *Hollerbach/Maier/Mikat*)

Hoppenz, Familiensachen, 8. Auflage, Heidelberg 2005 (*Bearbeiter*, in: *Hoppenz*)

Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Auflage, München 1971/1975 (*Kaser*, Bd.)

Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Neudruck, Aalen 1979 (*Kübler*)

Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Auflage, München 1999 (*Jauernig*, ZVR)

Lüderitz/Dethloff, Familienrecht, 28. Auflage, München 2007 (*Lüderitz/Dethloff*)

Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999 (*Pawlowski*)

Rauscher, Familienrecht, Heidelberg 2001 (*Rauscher*)

Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Auflage, München 1993 (*Rosenberg/Schwab/Gottwald*)

Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997 (*Rosenberg/Gaul/Schilken*)

Rotax [Hrsg.], Praxis des Familienrechts, 3. Auflage, Münster 2007 (*Bearbeiter*, in: *Rotax-FamPrax*, Teil, Rn.)

Schlüter, Familienrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2005 (*Schlüter*)

Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Auflage, München 2002 (*Bearbeiter*, in: *Schuschke/Walker*)

Schwab, Familienrecht, 15. Auflage, München 2007 (*Schwab*)

Seidl, Familienrecht, 4. Auflage, München 2005 (*Schwab*)

Zeiss, Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Tübingen 1997 (*Zeiss*)

III. Aufsätze und Monografien

Agell, Anders: „Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften“, FamRZ 1990, 817

Ambrock, Erich: „Zur Bedeutung des § 1353 BGB nach Inkrafttreten des Eherechtsgesetzes; das Verhältnis der Vorschrift zu § 1565 BGB und den Scheidungstatbeständen“, JR 1978, 1

Arnold, Hans: „Anregungen zur Reform“, ZZZ 105 (1992), 430

Axmann, Thomas: Die Auswirkungen des Art. 6 Abs. 5 GG auf Unterhaltsansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern, Dissertation, Münster 1999

Battes, Robert: „Neue Rechtsprechung und Literatur zum nichtehelichen Zusammenleben“, JZ 1988, 957

Bartsch, Herbert: „Unterhaltungspflichten nach Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft“, JR 1979, 364

Baur, Fritz: „Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz“, FamRZ 1958, 252

Becker, Claus: „Schadensersatz wegen verletzungsbedingter Beeinträchtigung in der Haushaltsführung auch für Unverheiratete“, MDR 1977, 705

Becker, Hans-Jürgen: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht“, VersR 1985, 201

Boele-Woelki, Katharina und Schrama, Wendy: „Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht“, in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel, 51-112

Boennecke, Willi: „Zur Problematik des § 739 ZPO und des § 1362 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes“, NJW 1959, 1260

Born, Winfried: „Das neue Unterhaltsrecht“, NJW 2008, 1

Bosch, Friedrich Wilhelm: „Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht“, FamRZ 1958, 81

ders.: „Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft: Gleichbehandlung von Ehe und nichtehelichem Zusammenleben?“, FamRZ 1991, 1

ders.: „Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts“, FamRZ 1997, 65

Bosch, Rainer: „Die wesentlichen Änderungen im neuen Unterhaltsrecht“, *FF* 2007, 293

Braun, Johann: „Vollstreckungsakte gegen Drittbetroffene“, *AcP* 196 (1996), 557

Brosius-Gersdorf, Frauke: „Bedarfsgemeinschaften im Sozialrecht – Nichteheleiche und nichtlebenspartnerschaftliche Lebensgemeinschaften als Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaften in den Not- und Wechselfällen des Lebens“, *NZV* 2007, 410

Brox, Hans: „Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der §§ 1362 BGB, 739 ZPO“, *FamRZ* 1981, 1125

ders.: „Die Folgen der Nichtigkeit des § 45 KO“, *FamRZ* 1968, 406

Brudermüller, Gerd: Mietrechtliche Aspekte eheähnlicher Gemeinschaften, Dissertation, Frankfurt am Main 1982

ders.: „Wohnungszuweisung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft?“, *FamRZ* 1994, 207

ders.: „Zuweisung der Mietwohnung bei Ehegatten, Lebenspartnern, Lebensgefährten“, *WuM* 2003, 250

ders.: „Zur Frage der Aufnahme des Lebensgefährten in die Mietwohnung“, *FamRZ* 2004, 359

ders.: „Schlüsselgewalt und Telefonsex“, *NJW* 2004, 2265

Brühl, Günter: „Unterhaltungspflichten analog §§ 1569 ff. BGB nach wilder Ehe?“, *FamRZ* 1978, 859

Burhoff, Detlef: „Anwendbarkeit von Normen des Deliktsrechts, Verfahrens- und Prozessrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften“, *FPR* 2001, 18

Busche, Jan: „Unterhaltsansprüche nach Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“, *JZ* 1998, 387

Büttner, Helmut: „Unterhalt für die nichteheliche Mutter“, *FamRZ* 2000, 871

Büttner, Helmut und Niepmann, Birgit: „Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2005“, *NJW* 2006, 2373

von Campenhausen, Axel: „Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie“, *VVDStRL* 45 (1987), 7

Coester, Michael: „Wohnungszuweisung bei getrennt lebenden Ehegatten“, FamRZ 1993, 249

ders.: „Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht“, FamRZ 2007, 1137

Coester-Waltjen, Dagmar: „Die Lebensgemeinschaft – Strapazierung des Parteiwillens oder staatliche Bevormundung“, NJW 1988, 2085

David, Peter: „Ersatzzustellung an Lebensgefährten“, DGVZ 1988, 162

De Groot, Gerard-René und Haase, Annemette: „Entwicklungen im niederländischen Familienrecht“, StAZ 1998, 165

Deixler-Hübner, Astrid: „Probleme der Leistungsabgeltung im Zusammenhang mit der Auflösung der Lebensgemeinschaft“, ÖJZ 1999, 201

Derleder, Peter: „Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft“ in: NJW 1980, 545

ders.: „Der eheunabhängige Unterhalt für Alleinerziehende: der Unterhaltsanspruch für die Betreuung des nicht aus einer Ehe stammenden Kindes als Rechtsinstitut zwischen elementarer Solidaritätssicherung und der Verrechtlichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, DEuFamR 1999, 84

Dethloff, Nina: „Registrierte Partnerschaften in Europa“, ZEuP 2004, 59

dies.: „Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts“, AcP 2004, 544

dies.: „Ehe, Familie, Lebenspartnerschaft – wie leben wir morgen?“, Recht schafft Zukunft, Bonn 2003, S. 185

dies.: „Familienarbeit im Wandel“, Festschrift für Dieter Schwab, Bielefeld 2005, S. 343

Diederichsen, Uwe: „Ehegattenunterhalt im Anschluss an die Ehescheidung nach dem 1. EheRG“, NJW 1977, 353

ders.: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht“, NJW 1983, 1017

ders.: „Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FamRZ 1988, 889

Ehinger, Uta: „Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FPR 2001, 25

Erchinger, Wolfram: Probleme bei der Zwangsvollstreckung gegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft und einzelne Mitglieder der Wohngemeinschaft, Dissertation, Tübingen 1987

Erler, Michael: „Nicht-eheliche Lebensgemeinschaften zwischen Alternative und Normalität“, *FuR* 1996, 10

Eyrich, Heinz: „Nichteheliche Lebensgemeinschaft – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?“, *ZRP* 1990, 139

Ferrand, Frédérique: „Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Frankreich“, *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, S. 212, Tübingen 2005

Ferrand Frédérique und *Francoz-Terminal*, Laurence: „Entwicklungen im französischen Familienrecht 2006-2007“, *FamRZ* 2007, 1499

Finger, Peter: „Wohngemeinschaft. Partnerschaft. Lebensgemeinschaft“, *JZ* 1981, 497

ders.: „§§ 1626a ff., 1672 BGB – verfassungswidrig?“, *FamRZ* 2000, 1204

Fischer, Frank: „Die Zustellung im Verfahrensrecht“, *JuS* 1994, 416

Frank, Rainer: „Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten“, *FamRZ* 1983, 541

Frenz, Walter: „Die Unterhaltsgarantie aus Art. 6 GG nach der Sorgerechtsentscheidung des BVerfG vom 7.5.1991“, *NJW* 1992, 1597

Gerhardt, Walter: „Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, speziell: Zwangsvollstreckung“, *ZZP* 95 (1982), 467

Giesen, Dieter: „Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes“, *JZ* 1982, 817

Götz, Isabell: *Unterhalt für volljährige Kinder – Überlegungen zu einer Reform des Verwandtenunterhalts*, Dissertation, Bielefeld 2007

Goetz, Stephan: *Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts*, Dissertation, Frankfurt am Main 1985

ders.: „Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über eine künftige Erbrechtsreform“, *FamRZ* 1985, 987

Granold, Ute: „Das neue Unterhaltsrecht: Genese und Kernpunkte“, *FF* 2008, 11

Grziwotz, Herbert: „Erbrechtliche und erbschaftssteuerrechtliche Probleme des nichtehelichen Zusammenlebens“, *ZEV* 1994, 267

ders.: „Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FamRZ 1994, 1217

ders.: „Unbedachte Zuwendungen unter Ehegatten und nichtehelichen Partnern“, MDR 1998, 129

ders.: „Vollmachten in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FPR 2001, 45

ders.: „Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FamRZ 2003, 1417

Gusy, Christoph: „Der Grundrechtsschutz von Ehe und Familie“, JA 1986, 183

Hahne, Meo-Micaela: „Die Annäherung des Unterhaltsanspruchs einer nichtverheirateten Mutter nach § 1615I BGB an den Unterhaltsanspruch einer verheirateten Mutter nach § 1570 BGB“, FF 2006, 24

Harke, Jan Dirk: „Schlüsselgewalt als Versionshaftung“, FamRZ 2006, 88

Heilmann, Joachim: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft: Ihre rechtliche Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland und ein Vergleich zur neueren Entwicklung in Schweden“, JA 1990, 116

Heinle, Joachim: „Zwanzig Jahre unbenannte Zuwendungen“, FamRZ 1992, 1256

Heinz, Karl Eckhart: „Ist der Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts befugt, die Partnerin einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in die Wohnung aufzunehmen?“, FamRZ 1982, 763

Hepting, Reinhard: Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, Habilitationsschrift, München 1984

Hillenkamp, Thomas: „Der praktische Fall – Strafrecht: Ein besonderes Silvesterfeuerwerk“, JuS 1997, 821

Hofmann, Werner: „Eigentumsvermutung und Gewahrsamsfiktion in der Ehe ohne Trauschein?“, ZRP 1990, 409

Hohloch, Gerhard: „Keine bürgerlichrechtliche Gesellschaft zwischen zwei ohne Eheschließung zusammenlebenden Personen“, JuS 1980, 529

Hohmann-Dennhardt, Christine: „Familienrechtliche Antworten auf veränderte Familienwelten“, FF 2007, 174

Holzhauer, Heinz: „Auslegungsprobleme des neuen Eherechts“, JZ 1977, 729

Ihrig, Christoph: „Bericht zum 57. Deutschen Juristentag in Mainz 1988“, JZ 1989, 31

Jahnke, Jürgen: „Angehörigenprivileg im Wandel“, NZV 2008, 57

ders.: „Versicherungsrecht – Die nicht-eheliche Gemeinschaft im Schadensfall“, MDR 2005, 668

ders.: „Verwandtenprivileg und Personenschadensregulierung“, NZV 1995, 377

Käppler, Renate: „Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld“, AcP 179 (1979), 245

Käser, Hans-Martin: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft: Unterschiedliche Behandlung im Innen- und Außenverhältnis, Dissertation, Tübingen 1990

Kilian, Matthias: „Probleme der Vollstreckung gegen Ehegatten“, JurBüro 1996, 67

Kingreen, Thorsten: „Das Grundrecht von Ehe und Familie (Art. 6 I GG)“, Jura 1997, 401

Klas, Helmut: „Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 569a BGB und eheähnliche Lebensgemeinschaften“, ZMR 1982, 289

Klinkhammer, Frank: „Die Rangfolge der Unterhaltsansprüche in der gesetzlichen Entwicklung“, FamRZ 2007, 1205

Knoche, Joachim: Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als „Familienangehörige“?, Dissertation, München 1987

Kothe, Wolfhard: „Familienschutz für Lebensgemeinschaften beim Forderungsübergang nach § 67 Abs. 2 VVG, § 116 VI SGB X“, NZV 1991, 89

Koutsas, Ingeborg: „Nichteheliche Lebensgemeinschaften und das Erbrecht“, FPR 2001, 41

Krause, Rüdiger: „Abwicklungsprobleme bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, JuS 1989, 455

Kretschmer, Joachim: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in ihren strafrechtlichen und strafprozessualen Problemen“, JR 2008, 51

Kunigk, Fritz: „Rechtliche Probleme der alternativen Lebensgemeinschaft“, Jura 1980, 512

Künnel, Erich: „Welche Änderung bringt § 116 SGB X bezogen auf § 67 Abs. 2 VVG“, VersR 1983, 223

Langohr, Thomas: „Zur Wohnraumüberlassung an eheähnliche Lebensgemeinschaften“, ZMR 1983, 222

Leipold, Dieter: „Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts“, AcP 180 (1980), 160

Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine: „Liberale Rechtspolitik in der 13. Legislaturperiode“, ZRP 1995, 81

Lieb, Manfred: Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Habilitationsschrift, Tübingen 1970

Lipp, Martin: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-methodische Studie“, AcP 180 (1980), 537

ders.: „Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG)“, FamRZ 1998, 65

Löhning, Martin und *Würdinger*, Markus: „Eigentums- und Gewahrsamsvermutung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften“, FamRZ 2007, 1856

Markwardt, Manfred: „Zwangsvollstreckung: schneller, effektiver, verfassungskonform“, DGVZ 1993, 17

Martiny, Dieter: „Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht“, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 79 ff., Tübingen 2005

Mayer, Hans-Walter und *Rang*, Ulrike: „Der Lebensgefährte – untauglicher Empfänger einer Ersatzzustellung?“, NJW 1988, 811

Medicus, Dieter: „Urteilsanmerkung zu BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, 1593“, JZ 1993, 952

Messerle, Alexandra: „Zivilrechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, JuS 2001, 28

Migsch, Erwin: „Die sogenannte Pflichtschenkung“, AcP 173 (1973), 46

Oberto, Giacomo: „Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts“, FamRZ 1993, 1

Oehlmann, Jan Henrik und *Stille*, Anna-Luise: „Das geteilte Familienprivileg – Der Ausschluss des Versicherungsregresses nach § 116 SGB X und § 67 VVG auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften?“, FPR 2003, 457

Pauly, Walter: „Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs“, NJW 1997, 1955

Peschel-Gutzeit, Lore Maria: „Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nicht verheirateter Eltern“, FPR 2005, 344

dies.: „Der neue Betreuungsunterhalt - Ende des Altersphasenmodells?“, FPR 2008, 24

Peschel-Gutzeit, Lore Maria und Jenckel, Anke: „Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern – Altfälle“, FuR 1996, 129

Pintens, Walter: „Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Belgien“, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 278, Tübingen 2005

Plate, Nicole: „Neue Rechtsprechung zum nichtehelichen Zusammenleben“, FuR 1995, 215

Prüm, Katharina: Die Folgen der Verletzung des Umgangsrechts, Dissertation, Münster 2006

Puls, Jutta: „Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes“, FamRZ 1998, 865

Reng, Ingo: Unterhaltsansprüche aufgrund nichtehelicher Lebensgemeinschaft, Dissertation, Frankfurt am Main 1994

Reinken, Werner: „Die Rangfolgenregelung nach neuem Recht mit Berechnungsbeispielen für den Mangelfall“, FPR 2008, 9

Reinicke, Dietrich: „Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten“, DB 1965, 961 u. 1001

Röthel, Anne: „Registrierte Partnerschaften und österreichisches Kollisionsrecht“, ZfRV 1999, 208

dies.: „Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht“, IPRax 2000, 74

dies.: „Nichteheliche Lebensgemeinschaften – neue Rechtsfragen und Regelungsaufgaben im In- und Ausland“, ZRP 1999, 511

dies.: „Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht – Zum deliktischen Schutz von Unterhaltsbeziehungen de lege lata und de lege ferenda“, NZV 2001, 329

dies.: „Rückgewähr von Zuwendungen durch Verlobte, Ehegatten, Lebenspartner“, Jura 2006, 641

Rogalski, Regina: „Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, AnwBl. 1983, 358

Roth-Stielow, Klaus: „Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau“, JR 1978, 233

Sandweg, Hans Eberhard: „Grenzen der Vertragsgestaltung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften“, BWNöZ 1990, 49

Scheld, Rudolf: „Wohnungsrecht und Ledigbünd“, RPfleger 1983, 2

ders.: „Ledigbünd, Ersatzzustellung, Zwangsvollstreckung“, DGVZ 1983, 65

Scherpe, Jens M.: „Einführung: Nichteheliche Lebensgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber“, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 1, Tübingen 2005

Schilken, Eberhard: „Vereinfachung und Beschleunigung der Zwangsvollstreckung“, RPfleger 1994, 138

Schilling, Roger: „§ 1615I BGB im Spiegel der höchstrichterlichen Rechtsprechung“, FamRZ 2006, 1

ders.: „§ 1615I BGB nach der Reform“, FPR 2008, 27

Schläger, Edwin: „Rechtsentscheide in Wohnraummietssachen seit Mitte 1989“, ZMR 1990, 241

Schlüter, Wilfried und *Belling*, Detlev: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung“, FamRZ 1986, 405

Schneider, Egon: „Tendenzen und Kontroversen in der Rechtsprechung“, MDR 2000, 189

Schnitzler, Klaus: „Die verfestigte Lebensgemeinschaft als selbstständiger Härtegrund im neuen § 1579 Nr. 2 BGB“, FPR 2008, 41

Scholz, Rainer: „Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Wohnungsmiete“, NJW 1980, 1070

ders.: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Problem für den Gesetzgeber?“, ZRP 1981, 225

Schreiber, Christiane: „Vertragsgestaltungen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, NJW 1993, 624

Schumacher, Klaus: „Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften“, FamRZ 1994, 857

Schumann, Eva: „Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?“, FamRZ 2000, 389

dies.: „Zur Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Eltern-Kind-Verhältnisse“, FF 2007, 227

Schümann, Kirsten: Nichteheliche Lebensgemeinschaften und ihre Einordnung im Internationalen Privatrecht, Dissertation, Frankfurt am Main 2001

Schüren, Peter: „Mietrechtlicher Kündigungsschutz für Wohngemeinschaften“, JZ 1989, 358

Schwab, Siegfried: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Mietrecht“, ZMR 1983, 184

Schwab, Dieter: „Familiäre Solidarität“, FamRZ 1997, 521

ders.: „Koinzidenz – Zur gegenwärtigen Lage der Unterhaltsrechtsreform“, FamRZ 2007, 1053

Schweitzer, Philipp: Die Vollstreckung von Umgangsregelungen, Dissertation, Bonn 2007

dies.: „Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht“, RabelsZ 2007, 705

dies.: Model Family Code (From a global perspective), Antwerpen/Oxford 2006

dies.: Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden 1987

Schwidich, Nadja: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im deutschen und niederländischen Recht, Dissertation, Bielefeld 2007

Simon, Dietrich: „Forum: Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, JuS 1980, 252

Spindler, Christoph: „Aktuelle Neuregelungen des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden“, FamRZ 1988, 913

Stab, Ulrike: „Was ist eine nichteheliche Lebensgemeinschaft“, ZRP 1988, 355

Steinert, Karl-Friedrich: „Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter“, NJW 1986, 683

Strätz, Hans-Wolfgang: „Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick“, FamRZ 1980, 301 (fortgeführt in FamRZ 1980, 434)

ders.: „Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB“, FamRZ 1988, 1553

ders.: „Reform der gesetzlichen Erbfolge“, DNotZ 2001, 452

Striewe, Peter: Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Dissertation, Berlin 1986

Struck, Gerhard: „Rechtspolitische Grundfragen zu Ehe und eheähnlicher Partnerschaft – am Beispiel des Vermögensrechtes“, ZRP 1983, 215

ders.: „Gläubigerschutz und Familienschutz“, AcP 187 (1987), 405

Stürner, Rolf: „Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit“, JZ 1984, 412

Theimer, Clemens: „Haustratsaufteilung zwischen nichtehelichen Lebenspartnern in Mittel- und Nordeuropa“, ZRP 1995, 266

Thran, Martin: „Die analoge Anwendung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften“, NJW 1995, 1458

Trimbach, Herbert und *el Alami*, Assem: „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – eine Herausforderung für den Gesetzgeber“, NJ 1996, 57

v. Hoyerberg, Philipp Freiherr: „Der Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Mutter, das Verichtsverbot und das Grundgesetz“ in: FPR 2007, 273

v. Münch, Eva Marie: „Für eine gesetzliche Regelung rechtlicher Fragen nichtehelicher Lebensgemeinschaften“ in: ZRP 1988, 327

Wacke, Andreas: „Zur Pfändung bei nichtehelichen Partnerschaften und zum Prioritätsprinzip“, ZZP 105 (1992), 436

Wagner, Stephan: „Das nichteheliche Zusammenleben aus rechtshistorischer Sicht“, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 15, Tübingen 2005

Walter, Ute: „Das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, FamRZ 1995, 1538

Weber, Marin: „Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“, JR 1988, 309

Weimar, Peter: „Ehe als Rechtsinstitut“ in: *Eser* [Hrsg.], Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Paderborn 1985, S. 81

Weimar, Wilhelm: „Das Vertretungsrecht beider Ehegatten“, MDR 1977, 464

ders.: „Ist die entsprechende Anwendung des § 739 ZPO auf eheähnliche Gemeinschaften begründet“, JR 1982, 323

ders.: „Ausgleichsansprüche bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“, MDR 1997, 713

Weinreich, Gerd: „Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“, FuR 1999, 356

Wellenhofer, Marina: „Die Unterhaltsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt“, FamRZ 2007, 1282

dies.: „Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615l BGB“, FuR 1999, 448

Wever, Reinhardt: „Zur unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts nach § 1615l und § 1570 BGB“, FF 2005, 174

ders.: „Unterhalt bei Betreuung nichtehelicher Kinder – der neu gestaltete § 1615l BGB“, FamRZ 2008, 554

Wever, Reinhardt und *Schilling*, Roger: „Streitfragen zum Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung“, FamRZ 2002, 582

Winde, Barbara: Regelungsbedarf und Regelungsmöglichkeit bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften unterschiedlichen Typs, Dissertation, Berlin 2002

Wohlgemuth, Gisela: „Der Unterhaltstatbestand des § 1615l BGB – wohin führt die Entwicklung?“, FamRZ 2007, 195

Wolf, Bernhard: „Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 739 ZPO, 1362 BGB nach der Entscheidung des BVerfG zur Schlüsselgewalt“, FuR 1990, 216

Wollweber, Harald: „Kein Zeugnisverweigerungsrecht bei Freundschaft“, NStZ 1999, 628

Zippelius, Reinhold: „Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie“, DÖV 1986, 805

Zuleeg, Manfred: „Verfassungsgarantie und sozialer Wandel - das Beispiel von Ehe und Familie“, NVwZ 1986, 800

IV. Bundestagsdrucksachen

BT-Drucks. 2/224: „Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts“

BT-Drucks. 7/650: „Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)“

BT-Drucks. 12/7560: „Familien und Familienpolitik im geeinten Deutschland – Zukunft des Humanvermögens – Fünfter Familienbericht“

BT-Drucks. 13/341: „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle)“

BT-Drucks. 13/1850: „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend“

BT-Drucks. 13/7228: „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften (NeLgG)“

BT-Drucks. 13/8511: „Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG)“

BT-Drucks. 14/3751: „Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz)“

BT-Drucks. 16/1830: „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts“

V. Sonstige Literatur

Brockhaus [Hrsg.], Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Auflage, Mannheim 2006 (Brockhaus, Band, S.)

Brudermüller, Gerd: „Buchbesprechung zu Henrich/Schwab: Der Schutz der Familienwohnung in europäischen Rechtsordnungen“, FamRZ 1994, 1402

Bündnis 90/Die Grünen [Hrsg.], Grundsatzprogramm, Berlin 2002

Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit [Hrsg.], „Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland“, Bonn 1985

Burhoff, Detlef: Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 3. Auflage, Berlin 1999

Christlich Demokratische Union [Hrsg.], Entwurf des neuen Grundsatzprogramms, Berlin 2007

Christlich-Soziale Union [Hrsg.], Grundsatzprogramm: „Chancen für alle! In Freiheit und Verantwortung gemeinsam Zukunft gestalten, München 2007

Freie Demokratische Partei [Hrsg.], Wahlprogramm, 2005

Lange [Hrsg.], Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993 (*Bearbeiter*, in: FS-Gernhuber)

Granold, Ute: Zu Protokoll gegebene Rede als Anlage 29 zum Bundestags-Plenarprotokoll 16/43, S. 4212

Lieb, Manfred: Gutachten A zum 57. Deutschen Juristentag: „Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?“, Mainz 1988 (*Lieb*, Gutachten A, S.)

Müller, Heinzjörg: Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, Berlin 1970

Nieder, Heinrich: Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, München 2000

Sozialdemokratische Partei Deutschlands [Hrsg.], „Bremer-Entwurf“ für ein neues Grundsatzprogramms, Bremen 2007

Statistisches Bundesamt [Hrsg.],
„Leben und Arbeiten in Deutschland – Ergebnisse des Mikrozensus 2004“, Wiesbaden 2005 (Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2004, S.)

„Leben und Arbeiten in Deutschland: Haushalt, Familie Gesundheit – Ergebnisse des Mikrozensus 2005“, Wiesbaden 2006 (zitiert: Statistisches Bundesamt, Haushalt, Familie und Gesundheit 2005, S.)

„Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2006“, Wiesbaden, September 2006 (zitiert: Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch der BRD 2006,S.)

Schreiber, Christian: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft: Bestandsaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge, München 1995

Zypries, Brigitte: Zu Protokoll gegebene Rede als Anlage 29 zum Bundestags-Plenarprotokoll 16/43, S. 4218

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte(r) Fassung
AG	Amtsgericht
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
a.M.	anderer Meinung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BM	Bundesministerium
BOLMK	Lindenmaier-Möhring (Beck-Online Version)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BT-Plenarp.	Bundestagsplenarprotokoll
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise

C

ca. circa

D

DB Der Betrieb
ders. derselbe
DEuFamR Deutsches und europäisches Familienrecht
DFRA De Facto Relationship Act (NSW) 1984
DGVZ Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
dies. dieselbe(n)
DNotZ Deutsche Notarzeitschrift
DÖV Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ Deutsche Richterzeitschrift
DVBl Deutsches Verwaltungsblatt

E

EGBGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl. Einleitung
EStG Einkommensteuergesetz
EWir Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

F

f., ff. folgende
FF Forum Familien- und Erbrecht
FamRZ Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn. Fußnote
FPR Familie Partnerschaft Recht
FS Festschrift
FuR Familie und Recht

G

G Gesetz
GewSchG Gewaltschutzgesetz
GG Grundgesetz
GVG Gerichtsverfassungsgesetz

H

HausrVO Hausratsverordnung
HRR Höchststrichterliche Rechtsprechung
Hrsg Herausgeber

J

JA	Juristische Arbeitsblätter
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz
JZ	Juristenzeitung

K

KG	Kammergericht
----	---------------

L

LG	Landgericht
----	-------------

M

m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MFC	Model Family Code
m.H.	mit Hinweis
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

N

neLG	nichteheliche Lebensgemeinschaft
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

O

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

P

R

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rz.	Randziffer

S

S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch

U

u.
Urt.

und
Urteil

V

VersR
VVG

Versicherungsrecht
Versicherungsvertragsgesetz

W

WM

Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

Z

ZEV
ZMR
ZPO
ZZP

Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
Zivilprozessordnung
Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Einführung

I. Fragestellung und Zielsetzung

Diese Dissertation soll einen Beitrag zur Diskussion um die entsprechende Anwendung der gesetzlichen Vermutung des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften leisten. Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Dezember 2006¹, worin dieser die analoge Anwendung verneint hatte. Mein persönliches Interesse an einer Dissertation zu diesem Themenkomplex wurde dadurch geweckt, dass die von dieser Entscheidung ausgehende Signalwirkung nicht in unsere heutigen partnerschaftlichen, familiären und gesellschaftlichen Strukturen hineinzupassen scheint.

Darüber hinaus möchte ich – nach einer ausführlichen Auseinandersetzung mit diversen Vertragsregelungen – einen wissenschaftlichen Beitrag dazu leisten, wie eine umfassende gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im allgemeinen Zivilrecht aussehen könnte.

II. Forschungsstand

Bis zur Entscheidung des 9. Zivilsenats Ende 2006 gab es bereits eine große Diskussion über die Anwendungsfrage. Dabei geht die wohl herrschende Meinung, die vor allem von den namhaften Kommentaren wie Palandt, Münchener Kommentar und Thomas/Putzo² angeführt wird, von einer analogen Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus. Die entgegengesetzte Auffassung, dass keine Anwendung auf eheähnliche Lebensgemeinschaften erfolgen könne, wird im Wesentlichen von den Kommenta-

¹ BGHZ 170, 187 = NJW 2007, 992.

² Die Autoren der 27. Auflage sprachen sich vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch für eine Analogie aus, während in der 28. Auflage lediglich die neue Entscheidung ohne Bewertung wiedergegeben wird.

ren Staudinger, Stein/Jonas, Zöller und Musielak, aber auch vom Oberlandesgericht Köln³ vertreten.

Hinsichtlich eines Regelungsbedürfnisses der nichtehelichen Lebensgemeinschaft werden im Ergebnis drei unterschiedliche Lösungsansätze vertreten. Ein Teil der Literatur spricht sich dafür aus, mit Hilfe von so genannten „Partnerschaftsverträgen“ angemessene Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erreichen. Demgegenüber fordern andere eine zumindest teilweise gesetzliche Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens. Letztlich geht eine Mindermeinung davon aus, dass es weder ein Bedürfnis für vertragliche noch gesetzliche Regelungen gäbe, da die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sich bewusst gegen eine Ehe entschieden hätten und damit auch keine verbindlichen Regelungen für das Zusammenleben wünschten.

Entscheidend ist für den Gesamtzusammenhang, dass eine deutliche Trennung von so genannten „gemeinschaftsbezogenen“ – die im Regelfall nicht ausgleichsfähig sind – und „gemeinschaftsübersteigenden“ Zuwendungen – die im Einzelfall auseinandersetzungsfähig sein können – erfolgt.⁴

III. Problemstellung

Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Vergleichbarkeit von ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts. Hierbei wird nicht nur auf die Thematik des § 1362 Abs. 1 BGB einzugehen sein, sondern auch auf zahlreiche andere Vorschriften, die bei Vorliegen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft entsprechende Anwendung finden. Darunter zählen nach richtiger Auffassung die Vorschriften des § 1359 BGB⁵, § 1093

³ OLG Köln NJW 1989, 1737.

⁴ Vgl. Röthel, Jura 2006, 641, 648 f.

⁵ OLG Celle FamRZ 1992, 941, 942; OLG Oldenburg NJW 1986, 2259; ähnlich auch OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 940.

Abs. 2 BGB⁶, § 553 Abs. 1 BGB⁷, § 563 Abs. 1 S. 1 BGB⁸ (§ 569a Abs. 2 BGB a.F.), § 1932 Abs. 1 BGB⁹, § 1969 BGB¹⁰ und §§ 116 Abs. 6 SGB X¹¹.

Eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bringt den Vorteil mit sich, dass dadurch eine effektive Verrechtlichung und damit einhergehende Verbesserung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erreicht werden kann. Dies darf jedoch nicht zu Lasten der von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehe gehen und muss daher die bestehenden Unterschiede zwischen den beiden Formen des Zusammenlebens angemessen berücksichtigen.

⁶ BGHZ 84, 36 = NJW 1982, 1868.

⁷ *Brudermüller*, S. 131; vgl. dazu auch BGHZ 157, 1 = NJW 2004, 56.

⁸ BGH NJW 1993, 999.

⁹ Zutreffend *Grziwotz*, S. 330; *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 859 u. 863; vgl. auch *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 180 f.

¹⁰ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566; *Siegmann*, in MünchKomm-BGB, § 1969 Rn. 2; zustimmend auch *Reng*, S. 37.

¹¹ BGH FamRZ 1988, 392, 394 ff. m. Anm. *Bosch*; OLG Frankfurt a. M. VersR 1997, 561; OLG Schleswig VersR 1979, 669; OLG München NJW-RR 1988, 34, 35; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1443; OLG Köln VersR 1991, 1237; *Heckelmann*, in: Erman, Vor §§ 1353-1362 Rn. 23; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 114 ff.; *Stürner*, JZ 1984, 412, 413; *Becker*, VersR 1985, 201, 206; *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217, 1222.

B. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

I. Allgemeines und Statistik

Die nichteheliche bzw. eheähnliche¹² Lebensgemeinschaft ist eine seit Jahren ansteigende Form des partnerschaftlichen Zusammenlebens in der Bundesrepublik Deutschland. Dagegen nimmt die Zahl der Eheschließungen im Trend konstant ab. Während statistisch gesehen im Jahre 1950 noch 10,8 Ehen pro 1.000 Einwohner neu geschlossen wurden, waren es im Jahre 1970 nur noch 7,4 Ehen, 1990 nur noch 6,5 und im Jahre 2000 sogar nur noch 5,1 Ehen. Im gleichen Zeitraum stieg die Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften zunehmend an. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes gab es im Jahre 1980 ca. 348.000, 1990 ca. 820.000 und im Jahr 2005 ca. 2,4 Millionen solcher Lebensgemeinschaften.¹³

Somit hat die nichteheliche Lebensgemeinschaft in den letzten fünfzehn bis zwanzig Jahren einen regelrechten „Boom“ erfahren, wobei sich die Zahl seit 1980 nahezu versiebenfacht hat.¹⁴ Das Verhältnis von Personen der Altersgruppe zwischen 20 und 25, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wohnen (9,2 %) zu den gleichaltrigen, die verheiratet sind und zusammenleben (15,7 %), ist deutlich unter 1:2 gesunken.¹⁵ Dagegen ist bei der gleichen Relation bei 35- bis 55-jährigen die Quote der Personen, die in nichtehelicher Gemeinschaft leben (3,4 %), gegenüber den ehelich Zusammenlebenden (79,1 %) mit ca. 1:23 deutlich höher.¹⁶

Im Bereich der in nichtehelichen Gemeinschaften lebenden Kinder zeichnet sich eine ähnliche Entwicklung ab. Diese ist jedoch nicht so deutlich wie die allge-

¹² Dieser Begriff wird bevorzugt vom BVerfG verwendet, vgl. BVerfGE 87, 234, 264.

¹³ Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch der BRD 2006, S. 47.

¹⁴ Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 27.11.2007.

¹⁵ BT-Drucks. 12/7560, 51.

¹⁶ Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2004, S. 19.

meine Zunahme der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in den vergangenen Jahren. Demnach waren im Jahre 2005 fünf Prozent aller Familien in der Bundesrepublik Deutschland nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern.¹⁷ Diese Zahl hat sich in den letzten zehn Jahren nahezu verdoppelt.¹⁸ Alleinerziehende Mütter und Väter machten 19 Prozent der Gesamtzahl aus; der größte Teil fällt mit 76 Prozent immer noch auf die in ehelicher Lebensgemeinschaft lebenden Familien.¹⁹ Im Ergebnis bestanden damit 24 Prozent aller Familien aus Alleinerziehenden und nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern.²⁰

Zusammenfassend kann die nichteheliche Lebensgemeinschaft als eine mittlerweile typische Erscheinung des sozialen Zusammenlebens verstanden werden.²¹ Sie stößt auf breiteste sittlich-soziale Akzeptanz in der Gesellschaft, selbst in ländlichen Regionen.²²

Das „soziale Phänomen“²³ der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist jedoch nicht auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt. In ganz Westeuropa sowie in Nord- und Südamerika besteht eine immer größer werdende Zahl an solchen Lebensgemeinschaften, wobei dies auch für Japan, Russland und Australien gilt.²⁴ Es ist davon auszugehen, dass in den genannten Regionen in prozentualer Hinsicht nur unwesentliche Abweichungen voneinander bestehen, so dass insofern von einem weltweiten gesellschaftlichen Phänomen gesprochen werden kann.²⁵ Die Ehe ist in den vergangenen zwanzig Jahren vor allem bei den unter 30-jährigen Personen nicht „in“ gewesen. Dabei wird das Konkubinat immer mehr zum „Ehesubstitut“.²⁶

¹⁷ Statistisches Bundesamt, Haushalt, Familie und Gesundheit 2005, S. 43.

¹⁸ Statistisches Bundesamt, Haushalt, Familie und Gesundheit 2005, S. 42 f.

¹⁹ Statistisches Bundesamt, Haushalt, Familie und Gesundheit 2005, S. 43.

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/1830, 12; *Granold*, BT-Plenarp. 16/43, S. 4213; Bundesjustizministerin *Zypries* sprach am 29.06.2006 bereits von „26 Prozent“ in einer als Anlage beigefügten Rede im BT-Plenarp. 16/43, S. 4219.

²¹ *Busche*, JZ 1998, 387.

²² Vgl. *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217.

²³ *Grziwotz*, S. 4.

²⁴ Vgl. die Nachweise bei *Striewe*, S. 11 ff.

²⁵ Vgl. auch *Schümann*, S. 3 f. m.w.N.

²⁶ *Grziwotz*, S. 4 m. H. auf *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 890.

Die Ergebnisse einer im Auftrag des Bundesministeriums für Jugend, Familie und Gesundheit erhobenen Studie aus dem Jahre 1982 lassen jedoch einen anderen Schluss zu. Demnach sind nur 8 % aller in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebender Paare grundsätzlich gegen eine spätere Ehe.²⁷ 71 % der Paare sehen das nichteheliche Zusammenleben vielmehr als eine „neue Form des Verlöbnisses“ an, wobei das voreheliche Zusammenleben im Vordergrund steht.²⁸ Dabei beabsichtigen 33 % der unverheiratet Zusammenlebenden den gegenwärtigen Partner zu heiraten, während sich 38 % der Befragten darüber noch im Unklaren sind.²⁹

II. Geschichtliche Entwicklung

Das gemeinschaftliche Zusammenleben zwischen zwei Personen, das nicht durch den förmlichen Eheschluss geprägt ist, hat sich nicht erst in den letzten dreißig Jahren entwickelt. Bereits im römischen Recht gab es gesetzliche Regelungen, die sich gegen das so genannte „Konkubinats“ richteten.³⁰ Als „Konkubinats“ wurde dabei die dauerhafte und nicht verheimlichte Form des gemeinsamen Zusammenlebens zwischen einem Mann und einer Frau, mehreren Männern oder mehreren Frauen bezeichnet, die rechtlich nicht abgesichert gewesen ist.³¹ Wo das uneheliche Zusammenleben nicht unter Strafe gestellt war, wurde es von der Öffentlichkeit bis ins letzte Jahrhundert hin abgelehnt.³² Diejenigen Personen, die in einem „Konkubinats“ lebten, wurden gesellschaftlich geächtet und mit den entsprechenden gesetzlichen Mitteln bekämpft.³³ Dies bedeutete vor allem im Rahmen des Zivilrechts, dass etwaige rechtsgeschäftliche Bezie-

²⁷ BM f. Jugend, Familie und Gesundheit, neLG in der BRD, S. 7 f.

²⁸ BM f. Jugend, Familie und Gesundheit, neLG in der BRD, S. 8.

²⁹ BM f. Jugend, Familie und Gesundheit, neLG in der BRD, S. 30 f.

³⁰ Kaser, Bd. 1, S. 328 f.; Kaser, Bd. 2, S. 183 ff. u. 219 ff.; Schott, in: Hollerbach/Maier/Mikat, S. 16; vgl. auch Wagner, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 17 ff.

³¹ Schott, in: Hollerbach/Maier/Mikat, S. 16; Kübler, S. 328 f.; vgl. auch Brockhaus, Band 15, S. 446, insoweit „frühere Bezeichnung für eheähnliche Lebensgemeinschaft ohne Eheschließung“.

³² Strätz, FamRZ 1980, 301.

³³ Vgl. BGHSt 6, 46 = NJW 1954, 766 (zur Bestrafung wegen Kuppelei).

hungen zwischen zwei unehelich zusammenlebenden Personen als unsittlich im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB angesehen wurden.³⁴ Während dies vom Bundesgerichtshof noch im Jahre 1956 angenommen worden war, entschied er im Jahre 1970, dass die Unehelichkeit allein keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB mehr darstellt.³⁵ *Schwenzer* vertritt die Ansicht, dass „seit den 1960er Jahren [...] ein tiefgreifender, das gesamte Familienrecht umwälzender Wertewandel stattgefunden hat“. Darin ist ihr zuzustimmen.

Eine ähnliche Entwicklung fand auch in der Gesetzgebung statt. Das zum 01.01.1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch³⁶ normierte das statusrechtliche Verhältnis der Ehe. Die nationalsozialistische Gesetzgebung führte dann im Jahre 1938 erstmals das Ehegesetz ein, welches die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ersetzte. Das Ehegesetz blieb auch nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges – allerdings in der entnazifizierten Fassung des Kontrollrates – bestehen. Das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.06.1957³⁷ stellte den grundrechtlichen Schutz der Gleichberechtigung von Mann und Frau gemäß Art. 3 Abs. 2 GG im bürgerlichen Recht her. Mit dem 1. Eherechtsreformgesetz vom 14.06.1976³⁸ wurde das Verschuldensprinzip bei Scheidung der Ehe durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt. Dies führte vor allem zum Wegfall eines erschwerten Beweiserfordernisses und damit zur schnelleren Durchführung der Scheidungsprozesse. In dessen Folge stieg auch die absolute Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften an, was mit der zu diesem Zeitpunkt schon anfangenden Akzeptanz dieser Zusammenlebensform einherging.

In den seit dieser Zeit vergangenen 30 Jahren hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht dem gesellschaftlichen Wandel angeschlossen und seinerseits Regelungen zum angemessenen Ausgleich in typischen Fallkonstellationen geschaffen. Vielmehr erließ er seither nur Vorschriften, die eine Besserstellung nichteheli-

³⁴ Vgl. BGHZ 20, 72 = NJW 1956, 865.

³⁵ BGH NJW 1970, 1540.

³⁶ RGBl. 1896, 195.

³⁷ BGBl. 1957, 609.

³⁸ BGBl. 1976, 1421.

cher Lebensgefährten gegenüber Ehegatten verhindern sollten.³⁹

Im Bereich des nichtehelichen Kindschaftsrechts musste der Gesetzgeber wegen Art. 6 Abs. 5 GG jedoch Änderungen vornehmen. Mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.08.1969⁴⁰ wurden erstmals umfassende Regelungen erlassen, welche diesen vor allem unterhaltsrechtliche, aber auch allgemeine familienrechtliche Ansprüche einräumten. Eine weitere Verbesserung der Rechtsposition nichtehelicher Kinder erfolgte dann durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997⁴¹. Zuletzt wurden durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007⁴² bestehende Ungleichbehandlungen sowohl in der Dauer des Unterhaltsanspruches des betreuenden Elternteils als auch im Rangverhältnis zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern beseitigt.

III. Vor- und Nachteile

Es gibt eine ganze Reihe von Gründen, weshalb sich Partner für oder gegen eine nichteheliche Lebensgemeinschaft entscheiden. Hierzu zählen vor allem die emotionalen Gründe des häufigeren Zusammenseins sowie die regelmäßige und ungestörte Ausübung der sexuellen Beziehung.⁴³ Aber auch die etwaige Kostenersparnis durch das gemeinschaftliche Zusammenleben sowie die Erziehung von gemeinsamen Kindern können tragende Beweggründe sein.

Überdies ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft gerade für diejenigen Personen, die noch ehelich gebunden sind, die einzig mögliche Form der Partnerschaft.⁴⁴

³⁹ Vgl. dazu beispielhaft § 20 SGB XII.

⁴⁰ BGBl. 1969, 1243.

⁴¹ BGBl. 1997, 2942.

⁴² BGBl. 2007, 3189 (in Kraft getreten am 01.01.2008).

⁴³ Grziwotz, S. 5.

⁴⁴ Grziwotz, S. 6.

1. Vorteile

Einer der wesentlichen Beweggründe für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ist, dass sich Partner immer später für eine bindende Eheschließung entscheiden und ein Zusammenleben als „Ehe auf Probe“ in Form der eheähnlichen Lebensgemeinschaft zunächst bevorzugen.⁴⁵ Die mit einem Ehegelöbnis verbundenen Verpflichtungen finanzieller und gesetzlicher Art haben dabei ein erhebliches Gewicht. Jedoch spielt auch Flexibilität und Mobilität gerade in beruflicher Hinsicht in der heutigen Gesellschaft eine immer größere Rolle, so dass auch hierzu die dauerhaften Eheverpflichtungen im Widerspruch stehen können. Nicht zuletzt spielt auch die einseitige, frei ausüb bare Wahl der Fortsetzung oder Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine entscheidende Rolle. Während sich der Ablauf einer Ehescheidung zumeist als langwieriger und von bestimmten Voraussetzungen (wie etwa §§ 1566, 1567 BGB) abhängiger Prozess darstellt, bestehen derartige Erschwernisse bei der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht.

Zuletzt entscheidet sich auch eine nicht unerhebliche Anzahl von geschiedenen Personen auf Grund negativer Erfahrungen mit einer gescheiterten Ehe für das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁴⁶ Auch noch nicht geschiedene Personen müssen mit einem neuen Partner wegen des Verbots der Doppelehe gemäß § 1306 BGB⁴⁷ gezwungenermaßen nichtehelich zusammenleben.⁴⁸

⁴⁵ Lüderitz/Dethloff, § 8 Rn. 4; Schlüter, Rn. 493.

⁴⁶ Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 45.

⁴⁷ Zur strafrechtlichen Sanktion: vgl. § 172 StGB.

⁴⁸ Vgl. Scholz, ZRP 1981, 225, 227.

2. Nachteile

Gesetzliche Regelungen während und nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gibt es im bürgerlichen Recht bislang nicht. Dies bringt insofern den Nachteil mit sich, als dass auch die allgemeinen ehelichen Schutz- und Ausgleichsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches grundsätzlich nicht zur Anwendung kommen. Insofern besteht eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahr – und zwar zu Lasten des wirtschaftlich schwächeren Partners – in der Form, dass zur Umgehung der ehelichen Vorschriften auf die Eheschließung verzichtet und die Partnerschaft in Form einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft geführt wird. Eine generelle Anwendung aller eherechtlichen Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft wäre im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Sonderstatus der Ehe gemäß Art. 6 GG nicht umsetzbar.

Im Hinblick auf gemeinsame Kinder der nichtehelichen Lebensgefährten bestand bis vor kurzem ein gewichtiger Nachteil gegenüber verheirateten oder geschiedenen Ehegatten. Während der nichtehelichen Mutter des Kindes nur der begrenzte gesetzliche Unterhaltsanspruch gemäß § 1615I BGB für die Betreuung des Kindes zustand, war die verheiratete Mutter vor der Gesetzesreform des Unterhaltsrechts⁴⁹ nach § 1570 BGB (a.F.) besser gestellt.⁵⁰ Das neue Unterhaltsrecht trägt diesem Umstand – im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵¹ – nunmehr in der Form Rechnung, dass der Betreuungsunterhalt der ehelichen an den der nichtehelichen Mutter angepasst wird.⁵² Überdies ist nunmehr minderjährigen Kinder im Mangelfall vor den geschiedenen oder aktuellen Ehegatten vorrangig Unterhalt zu leisten. Sowohl verheiratete wie auch nicht verheiratete Eltern, die ein gemeinsames minderjähriges Kind betreuen, sind ferner auf dem nachfolgenden Rang gleichberechtigt.⁵³

⁴⁹ BGBl. 2007, 3189.

⁵⁰ *De Witt/Huffmann*, Rn. 16.

⁵¹ BVerfGE 118, 45 = NJW 2007, 1735.

⁵² Vgl. dazu *Wever*, FamRZ 2008, 553, 554 f.; *Bosch*, FF 2007, 293, 301; *Hoppertz/Hülsmann*, § 1609 n.F., Rn. 12.

⁵³ Vgl. dazu *Born*, NJW 2008, 1, 2; *Granold*, FF 2008, 11, 12 f.; *Reinken*, FPR 2008, 9.

Im Ergebnis ist ein gemeinsames Kind einer der häufigsten Gründe für nichteheliche Lebensgemeinschaften zur Eingehung der Ehe, um der Mutter und dem Kind möglichst klare und gesicherte Rechtsverhältnisse einzuräumen.

IV. Begründung und Definition

Vom Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dann auszugehen, wenn eine „Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau eine innere Bindung begründet, die auf Dauer angelegt ist und daneben keine weitere Lebensgemeinschaft anderer Art zulässt“.⁵⁴ Ferner bedarf es eines gemeinsamen Einstehens der Partner füreinander, wobei dies über die reine Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen muss.⁵⁵

In der Eingehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft besteht nach allgemeiner Auffassung nicht automatisch auch ein Verlöbnis im Sinne des § 1297 Abs. 1 BGB, weil es an dem erforderlichen Eheversprechen fehlt.⁵⁶

1. Verfassungsrecht

Im Gegensatz zur Ehe wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht vom grundgesetzlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst.⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 GG schützt vielmehr nur diejenige Lebensgemeinschaft, die nach den gesetzli-

⁵⁴ BVerfGE 87, 234 ff. = NJW 1993, 643, 645; BGH NJW 1993, 999; BSG NJW 1993, 3346; BVerwG NJW 1995, 2802.

⁵⁵ BVerfG NJW 1993, 643, 645.

⁵⁶ Weinreich, in: Handbuch-FA-FamR, Kapitel 11, Rn. 13; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1297 Rn. 3; Giesen, Rn. 462; vgl. auch BayObLG FamRZ 1983, 1226.

⁵⁷ Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 43; Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn. 2; Badura, in: Maunz/Dürig, Art. 6 Rn. 55 ff.; Pirson, in: BonnerKommentar, Art. 6 Rn. 130 ff.; Gusy, JA 1986, 183, 184; Zippelius, DÖV 1986, 805, 806.

chen Vorschriften der §§ 1310 ff. BGB begründet wird.⁵⁸ Nach Art. 6 Abs. 1 GG soll das eheliche Zusammenleben dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung unterliegen.⁵⁹ Dabei geht der Verfassungsgesetzgeber davon aus, dass sich ein dauerhaftes, partnerschaftliches Zusammenleben in einer ehelichen Gemeinschaft entwickelt. Hierbei könne durch den wirtschaftlichen und sozialen Ausgleich innerhalb der Ehe eine abgesicherte Solidaritätsgemeinschaft am sichersten bestehen.⁶⁰ Der Gesetzgeber prämiert diese Form der Lebensgemeinschaft dann auch in entsprechender Weise, indem er den Ehegatten vor allem wirtschaftliche Begünstigungen zur Verfügung stellt.⁶¹ Auch über die Abwicklung der finanziellen und sozialen Anliegen der Ehegatten bei einer Scheidung hat sich der Gesetzgeber Gedanken gemacht, wobei er auf einen möglichst gerechten Ausgleich bedacht ist.

Zur sachgerechten Lösung von problematischen Einzelfällen sind dann die staatlichen Gerichte berufen. Im Rahmen des Steuerrechts hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 01.06.1983⁶² entschieden, dass weder Art. 6 Abs. 1 GG noch Art. 3 Abs. 1 GG dahingehend Anwendung finden, dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bei der Einteilung der Steuerklassen und der Höhe des Steuersatzes im Erbschaftsteuerrecht den Ehegatten gleichzustellen ist.

Verfassungsrechtlichen Schutz erfährt die nichteheliche Lebensgemeinschaft somit nur über die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.⁶³ Die Tatsache, dass eine Eheschließung andere Rechte und Pflichten begründet als eine eheähnliche Lebensgemeinschaft, verstößt nicht gegen den Gleichheits-

⁵⁸ V. Münch, in: v. Münch/Kunig, Art. 6 Rn. 5; Gröschner, in: Dreier-GG, Art. 6 Rn. 42; Weimar, MDR 1998, 713, 714.

⁵⁹ Schmitt-Kammler, in: Sachs, Art. 6 Rn. 17 ff.

⁶⁰ V. Campenhausen, VVDStRL 45 (1987), 7, 18.

⁶¹ Vgl. § 38b S. 1 Nr. 3a EStG.

⁶² BVerfG NJW 1984, 114.

⁶³ BVerfGE 82, 6, 16 = NJW 1990, 1593, 1595; BVerwG NJW 1995, 1569; Robbers, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 43; Gusy, JA 1986, 183, 184; Zuleeg, NVwZ, 1986, 800, 803; Burghart, in: Leibholz/Rinck, Art. 6 Rn. 20, 53; Messerle, JuS 2001, 28, 29, der vom Grundrecht „auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ spricht.

satz des Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁴ Vielmehr bestehen zahlreiche sachliche Gründe, welche die unterschiedliche und teilweise ungleiche Behandlung der beiden Formen des Zusammenlebens rechtfertigen. Der Eheschluss ist durch sein Versprechen auf Lebenszeit mit der generellen Unauflöslichkeit verbunden.⁶⁵ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft zeichnet sich dagegen nicht durch eine förmliche Bindung der Partner untereinander aus und ist jederzeit ohne Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften kündbar. Ferner begründet die Ehe durch die staatliche Mitwirkung in Form des Standesamtes ein öffentliches Rechtsverhältnis, wobei die Eheschließung gegenüber der Allgemeinheit bekanntgemacht wird.⁶⁶ Von einem nichtehelichen Zusammenleben erfahren in aller Regel nur die mit den Betroffenen verwandten oder befreundeten Personen.

2. Einfaches Gesetzesrecht

In zahlreichen gesetzlichen Vorschriften⁶⁷ - vor allem an ganz unterschiedlicher Stelle - findet sich der Begriff der „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ wieder.⁶⁸ In einigen Landesverfassungen wird der grundrechtliche Schutzbereich auch auf „andere auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaften“ erstreckt.⁶⁹

An keiner dieser Stellen hat der Gesetzgeber jedoch eine allgemeine oder die oben genannte Definition der höchstrichterlichen Rechtsprechung normiert. In einem Gesetzentwurf von 1997 erwägte die damalige Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen die Definition des Bundesverfassungsgerichts in den Geset-

⁶⁴ BVerfG NJW 1984, 114; BFH NJW 1983, 1080.

⁶⁵ Holzhauser, in: Hausmann/Hohloch, S. 59.

⁶⁶ BVerfGE 29, 166, 176; 62, 323, 332; Pauly, NJW 1997, 1955.

⁶⁷ Wie etwa §§ 20, 43 Abs. 1 SGB XII; §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 3 BErzGG; § 8 Abs. 3 S. 2 BerRehaG; § 6a Abs. 4 S. 4 BKG; § 2 Abs. 6 EntschRG; § 47 Abs. 1 S. 3 ZDG; § 24b Abs. 2 S. 3 EStG; § 22b Abs. 3 FRG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 MADG; § 60 Abs. 4 S. 2 IfSG; § 1 Abs. 8 S. 3 OEG; § 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II; § 315 Abs. 5 SGB III; § 80 S. 4 SVG; § 12 Abs. 4 S. 2 StudGebVO (BW); § 4 Abs. 2 S. 2 BayVSG; § 2 Abs. 6 S. 2 EntschRG; § 2 Abs. 2 SÜG; § 3 Abs. 2 LSÜG (RP).

⁶⁸ Zur „auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft“: § 18 Abs. 2 Nr. 4 WoFG; Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 BayWoFG; statt vieler landesrechtlicher Bestimmungen: § 18 Abs. 1 Nr. 8 ThürBestG; §§ 28 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, 56 Abs. 4 S. 1 BrandGO;

⁶⁹ Vgl. Art 26 Abs. 2 BRBVerf; Art. 12 Abs. 2 BLNVerf.

zeswortlaut nach § 1302 BGB aufzunehmen.⁷⁰

V. Anwendbare allgemeine Gesetzesvorschriften

Das allgemeine Eherecht ist nach §§ 1353 – 1362 BGB grundsätzlich nicht auf die eheähnliche Lebensgemeinschaft anwendbar.⁷¹ Außerdem finden die Vorschriften über die Unterhaltspflicht getrenntlebender oder geschiedener Ehepartner gemäß §§ 1361 bzw. 1569, 1570 ff. BGB keine Anwendung, auch nicht über die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 705 ff. BGB.⁷² Die Regelungen über das eheliche Güterrecht nach §§ 1363 ff. BGB können für die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft ebenfalls nicht entsprechend herangezogen werden. Einzig der Unterhaltsanspruch nach § 1615I Abs. 1 BGB gilt begriffsnotwendigerweise auch bei familiären Lebensverhältnissen.⁷³

VI. Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts

Eine generelle Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 705 ff. BGB auf die Ehe wird von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.⁷⁴ Die Eheschließung als solches verpflichtet nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Diese gesetzliche Verpflichtung allein kann jedoch nicht als „gemeinsamer Zweck“ im Sinne des § 705 BGB angesehen werden.⁷⁵ Vielmehr stellen die eherechtlichen Vorschriften Spezialregelungen dar, die primär gelten und nicht nur neben dem Gesellschaftsrecht anwendbar

⁷⁰ BT-Drucks. 13/7228, 2.

⁷¹ So auch Lipp, AcP 180 (1980), 537, 562; Heckelmann, in: Erman, Vor §§ 1353-1362 Rn. 13.

⁷² BGH NJW 1986, 374.

⁷³ Vgl. Weinreich, in: Handbuch-FA-FamR, Kapitel 11, Rn. 28; Wacke, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 27; Strätz, FamRZ 1980, 301, 307; Schwab, Rn. 851; Reng, S. 31 f.

⁷⁴ BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGH NJW 1986, 51; BGH NJW 1999, 2962; OLG Hamm NJW 1980, 1530, 1531; Derleder, NJW 1980, 545, 547; Frank, FamRZ 1983, 541, 544 ff.

⁷⁵ BGH NJW 1982, 2236, 2237; Weinreich, in: Weinreich/Klein, § 1372 Rn. 21.

sein sollen.⁷⁶

Wird jedoch einer gemeinsamen Erwerbstätigkeit nachgegangen, die über die eheliche Lebensgemeinschaft als solche hinausgeht und etwa auf die Erwirtschaftung bzw. Anschaffung von Vermögenswerten gerichtet ist, finden die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB auf diese Innengesellschaft ergänzende Anwendung.⁷⁷ Hierbei kann es zu den typischen Auseinandersetzungsansprüchen im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 730, 738 BGB kommen.⁷⁸ Die herrschende Auffassung erstreckt diese Anwendbarkeit des Personengesellschaftsrechts nach §§ 705 ff. BGB auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft.⁷⁹ Da es im Gesellschaftsrecht nicht auf das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft ankommt, sondern vielmehr der gemeinsame Gesellschaftszweck im Vordergrund steht, kann das Bestehen der Ehe auch nicht der maßgebende Aspekt zur Anwendbarkeit der BGB-Gesellschaft sein.

VII. Beendigung

Die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft tritt entweder mit deren Auflösung oder mit dem Tod des Partners ein.⁸⁰ Hierbei genügt die ausdrückliche Erklärung oder der konkludent geäußerte Wille, die eheähnliche Lebensgemeinschaft mit dem bisherigen Partner nicht mehr weiterführen zu wollen.⁸¹ Somit stellt sich die formale Beendigung der Lebensgemeinschaft wesentlich einfacher als die Ehescheidung dar, weil keine gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten werden müssen. Insbesondere bedarf es keiner Scheidung

⁷⁶ Wacke, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 17.

⁷⁷ BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863.

⁷⁸ BGH NJW 1982, 2863, 2864; BGH NJW 1986, 51; *Berger*, in: Jauernig, Vor § 1297 Rn. 4; *Battes*, in: Hollerbach/Maier/Mikat, S. 42; *Nieder*, § 1 Rn. 60; *Schwab*, Rn. 194; *Frank*, FamRZ 1983, 541, 545; *Steinert*, NJW 1986, 683, 687; *Weimar*, MDR 1997, 713, 714.

⁷⁹ BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGH NJW 1981, 1502; BGH NJW 1983, 2375; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 18; *Sprau*, in: Palandt, § 705 Rn. 46; *Schlüter*, Rn. 500 f.

⁸⁰ *De Witt/Huffmann*, Rn. 318.

⁸¹ *Lüderitz/Dethloff*, § 8 Rn. 18.

durch ein gerichtliches Urteil gemäß § 1564 BGB.

Die Vorschriften über das eheliche Güterrecht wie etwa der Zugewinnausgleich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB, aber auch die Unterhaltspflichten nach §§ 1569 ff. BGB und der Versorgungsausgleich nach §§ 1587 ff. BGB gelten überdies auch nicht für die eheähnliche Lebensgemeinschaft.

VIII. Kinder in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Im Jahr 2004 lebten 197.129 der insgesamt 705.622 neugeborenen Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften.⁸² Dies macht einen prozentualen Anteil von 27,94 % aus, wonach über ein Viertel aller Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften geboren werden.⁸³ Im Jahre 1960 lag der Prozentsatz noch bei 7,56 %, 1980 bei 11,89 %, 1990 bei 15,32 % und 2000 bei 23,41 %.⁸⁴ Der bis zur heutigen Zeit erheblich angestiegene Anteil an nichtehelichen Kindern macht eine kurze Darstellung der Recht- und Lebensverhältnisse nichtehelicher Kinder erforderlich.

Nach Art. 6 Abs. 5 GG darf grundsätzlich nicht zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern unterschieden werden. Das Bundesverfassungsgericht klassifiziert Art. 6 Abs. 5 GG als „Schutznorm zugunsten nichtehelicher Kinder“.⁸⁵

Mit einer Grundsatzfrage des Sorge- und Umgangsrechts von Mutter und Vater für das nichteheliche Kind hatte sich das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2003⁸⁶ zu beschäftigen. Hierbei rechtfertigt das Gericht zunächst die im Vergleich zu ehelichen Kindern unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung des Sorgerechts, „solange die gesetzliche Regelung angemessene Rahmenbedingun-

⁸² Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch der BRD 2006, S. 52.

⁸³ Obwohl die bevorstehende Geburt eines Kindes auch heutzutage immer noch der wichtigste Anlass für eine Eheschließung zu sein scheint. Vgl. dazu *Winde*, S. 48 f. und *Erlar*, FuR 1996, 10, 12 f.

⁸⁴ Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch der BRD 2006, S. 50.

⁸⁵ BVerfGE 84, 168, 185 = NJW 1991, 1944, 1945; BVerfGE 85, 80, 87 = 1992, 1747.

⁸⁶ BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955.

gen zur Realisierung der gemeinsamen Sorge schafft“.⁸⁷ Begründet wird dies unter anderem damit, dass das nichteheliche Kind bei seiner Geburt „nicht ohne weiteres einem Vater rechtlich zugeordnet und auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vater Sorge für das Kind tragen will oder durch Zusammenleben mit der Mutter eine Beziehung zum Kind aufbauen wird“.⁸⁸

Die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Vermutung⁸⁹, dass eine nichteheliche Mutter für die Ablehnung des gemeinsamen Sorgerechtes „schwerwiegende [und] von der Wahrung des Kindeswohls getragene“ Gründe habe, überzeugt nicht. Das oftmals vorgebrachte Motiv für diese Ablehnung, dass die Mutter Auseinandersetzungen mit dem Vater befürchtet, zeigt, dass „Kindes- und Eigeninteressen untrennbar miteinander verquickt“ sind.⁹⁰

Vielmehr stehen die Eigeninteressen der Mutter, keine gemeinsamen Entscheidungen über das Sorgerecht mit dem Vater treffen zu müssen, im Vordergrund. Im Ergebnis ist mit *Coester* eine gesetzlich normierte Vereinfachung zur Erlangung des Sorgerechts für den Vater zu befürworten.⁹¹

Die väterliche Abstammung wird grundsätzlich durch die Abstammungsvermutung gemäß § 1592 Nr. 1 BGB bestimmt. Demnach ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Diese Gesetzesvermutung findet jedoch bei nichtehelich geborenen Kindern begriffsnotwendigerweise keine Anwendung. Vielmehr muss der Vater des nichtehelichen Kindes die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1594, 1595 BGB anerkennen. Als letzte in § 1592 Nr. 3 BGB genannte Möglichkeit der Vaterschaft kommt auch die gerichtliche Feststellung gemäß § 1600d BGB bzw. § 640h Abs. 2 ZPO in Betracht.

Es bleibt festzuhalten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch eine Vaterschaftsver-

⁸⁷ BVerfG NJW 2003, 955, 960.

⁸⁸ BVerfG a.a.O.

⁸⁹ BVerfG NJW 2003, 955, 958 m.H. auf die Intentionen des Gesetzgebers in BT-Drucks. 13/8511, 66f.

⁹⁰ *Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1138.

⁹¹ Ähnlich auch *Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1141; vgl. auch Fn. 88.

mutung zu Gunsten eines Mannes der nichtehelich mit der Mutter des Kindes zusammenlebt nicht kennt.⁹²

Die elterliche Sorge für das nichteheliche Kind steht den nichtehelichen Eltern teilen unter den Voraussetzungen des § 1626a BGB gemeinsam zu. Dies ist dann der Fall, wenn die Elternteile gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen oder nach § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB wenn die Eltern einander heiraten. Liegt ein in § 1626a Abs. 1 BGB geregelter Fall nicht vor, übt die Mutter das Sorgerecht gemäß § 1626a Abs. 2 BGB allein aus. Diese gesetzliche Ausgestaltung des Sorgerechts ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003⁹³ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁹⁴

Verfassungsrechtliche Bedenken an der Regelung des § 1626a Abs. 2 BGB bestehen im Hinblick auf das Elternrecht des Vaters, da die Kindesmutter selbst beim Zusammenleben mit dem Vater ein gemeinsames Sorgerecht ablehnen kann.⁹⁵ Eine teilweise in der Literatur vertretene Auffassung plädiert dafür, beim familiären Zusammenleben der beiden nichtehelichen Elternteile diesen auch die gemeinsame elterliche Sorge zuzugestehen.⁹⁶ Es dürfe wegen der gleichermaßen verteilten Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG beim Sorgerecht keine Differenzierung zwischen unverheirateten und verheirateten Eltern getroffen werden.⁹⁷ Bei einseitig vorliegender Sorgeerklärung des Vaters wird eine familiengerichtliche Prüfung empfohlen.⁹⁸

⁹² Vgl. *Seidel*, in: MünchKomm-BGB, § 1592 Rn. 5; vgl. auch *Walter*, FamRZ 1995, 1538, 1539 f.

⁹³ BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955.

⁹⁴ So auch BGH NJW 2001, 2472 u. OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 673.

⁹⁵ Vgl. hierzu OLG Stuttgart NJW-RR 2000, 812; *Finger*, FamRZ 2000, 1204; *Schumann*, FamRZ 2000, 389; *Lipp*, FamRZ 1998, 65.

⁹⁶ *Finger*, FamRZ 2000, 1204, 1207.

⁹⁷ *Schumann*, FamRZ 2000, 389, 396; *Dethloff*, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 169.

⁹⁸ *Lipp*, FamRZ 1998, 65, 70.

Meiner Ansicht nach geht die von *Lipp* vorgeschlagene familiengerichtliche Prüfung zur Sorgerechtsfrage der unverheirateten Eltern noch nicht weit genug. Vielmehr führen die geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken dazu, dass das Sorgerecht der nichtehelichen Eltern wie das der ehelichen zu behandeln ist. Der Hinweis darauf, dass bei nichtehelichen Lebensgefährten nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass die Eltern in häuslicher Gemeinschaft lebten und gemeinsam für das Kind Verantwortung übernehmen, geht fehl. Denn auch bei ehelichen Lebenspartnern kann eine häusliche Wohngemeinschaft fehlen, was nicht zum Sorgerechtsverlust des Vaters führt.⁹⁹

Im Ergebnis ist daher *de lege ferenda* ein gemeinsames Sorgerecht auch für unverheiratete Eltern zu fordern, unabhängig davon, ob eine häusliche Gemeinschaft besteht.¹⁰⁰

Stirbt die nach § 1626a Abs. 2 BGB allein sorgeberechtigte Mutter des nichtehelichen Kindes, so hat das Familiengericht dem Vater des Kindes die elterliche Sorge gemäß § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient. Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgericht hat hierzu in ihrem Beschluss vom 08.12.2005 festgehalten, dass einem bisher nichtsorgeberechtigten Vater die elterliche Sorge regelmäßig wegen Art. 6 Abs. 2 GG dann übertragen wird, wenn dieser „in tatsächlicher Hinsicht [...] über einen längeren Zeitraum die elterliche Sorge für (das Kind) übernommen hat“.¹⁰¹ Dies entspreche „regelmäßig dem Kindeswohl [...], solange nicht konkret feststellbare Kindesinteressen der Übertragung widersprechen“.¹⁰²

Im Rahmen des Umgangsrechts ist § 1684 BGB die maßgebliche Vorschrift. Danach hat das Kind das Recht auf den Umgang mit beiden Elternteilen, wobei Mutter und Vater ihrerseits zum Kindesumgang berechtigt und verpflichtet

⁹⁹ Vgl. *Peschel-Gutzeit*, FPR 2008, 24, 27.

¹⁰⁰ Vgl. *Schwenzer*, Model Family Code, S. 141.

¹⁰¹ BVerfGE 115, 259 = NJW 2006, 1723.

¹⁰² BVerfG NJW 2006, 1723, 1724.

sind.¹⁰³ Eine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern ist dem gesetzlichen Umgangsrecht fremd.¹⁰⁴

Das Oberlandesgericht Brandenburg hat in seinem Beschluss vom 21.01.2004 entschieden, dass bei Ablehnung jeglichen Umgangs durch den Vater des nichtehelichen Kindes dieses einen auf § 1684 Abs. 1 BGB gestützten Anspruch auf Umgang hat und diesen auch gerichtlich – notfalls zwangsweise – durchsetzen kann.¹⁰⁵ Eventuelle verfassungsrechtliche Positionen des anderweitig verheirateten Vaters aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 2 GG könnten diesen Rechtsanspruch des Kindes nicht schmälern.¹⁰⁶

Im Anschluss an diese Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht über denselben Fall im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde des betroffenen Vaters zu befinden. Dieser wendete sich gegen die vom Oberlandesgericht Brandenburg ausgesprochene Zwangsgeldandrohung und der damit verbundenen zwangsweisen Durchsetzung des Umgangsrechts.

In seiner dazu ergangenen Entscheidung vom 01.04.2008 befand das Bundesverfassungsgericht, dass es einem Elternteil grundsätzlich zumutbar ist, zum Umgang mit seinem Kind verpflichtet zu werden, wenn dies dem Kindeswohl dient.¹⁰⁷ Allerdings diene „ein Umgang mit dem Kind, der nur mit Zwangsmitteln gegen seinen umgangsunwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, [...] in der Regel nicht dem Kindeswohl“. Ferner stellt die gerichtliche Androhung von Zwangsmitteln ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des zum Umgang verpflichteten Elternteils dar. Sollten sich jedoch Umstände ergeben, „die darauf schließen lassen, dass

¹⁰³ Eine vorsätzliche Entziehung des Umgangsrecht eines Elternteils verwirklicht den Straftatbestand des § 235 StGB; vgl. dazu BGH NJW 1999, 1344.

¹⁰⁴ Vgl. auch *Lipp*, FamRZ 1998, 65, 74.

¹⁰⁵ OLG Brandenburg NJW 2004, 3786; vgl. zum Streitstand auch OLG Celle MDR 2001, 395; OLG Köln, FamRZ 2001, 1023; OLG München FamRZ 2005, 2010; *Prüm*, S. 84 ff.; *Schweitzer*, S. 98 ff.

¹⁰⁶ OLG Brandenburg NJW 2004, 3786, 3787 f.; vgl. dazu auch OLG Celle MDR 2001, 395.

¹⁰⁷ BVerfG, Urteil vom 01.04.2008, Az. 1 BvR 1620/04.

ein erzwungener Umgang dem Kindeswohl dienen wird“, könnte der Persönlichkeitsschutz des Elternteils dahinter zurücktreten.

Zum thematischen Abschluss soll noch kurz ein Ausschnitt der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 10.03.1993¹⁰⁸ skizziert werden. Das Gericht stellte hierbei fest, dass „auch bei Ehegatten [...] die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit rechtlichen Mitteln nicht durchsetzbar (ist)“. Jedoch gebe es keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach „Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die sich für diese Lebensform bewußt entschieden haben und die bereit sind, ein Kind aufzuziehen, und wie Eheleute gemeinsam zum Unterhalt beitragen, sich dennoch leichter als Eheleute während des ersten Lebensjahres des gemeinsamen Kindes trennen“.¹⁰⁹

IX. Rechtsvergleichender Überblick

Die mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verbundenen Rechtsprobleme stellen keineswegs ein nur auf die Bundesrepublik Deutschland bezogenes nationales Anliegen dar. Auch die Gerichte, Behörden und Gesetzgebungsorgane anderer Länder müssen sich mit ihr befassen. Daher darf ein angemessener Überblick über die unterschiedliche Behandlung der eheähnlichen Lebensgemeinschaft auf internationaler Ebene nicht fehlen.

Bislang hat diese Form des Zusammenlebens in der Bundesrepublik Deutschland noch keinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Jedoch könnte sich im Rahmen der Anwendbarkeit ausländischer Rechtsnormen ein Anwendungsproblem hinsichtlich Art. 13, 18 EGBGB dadurch ergeben, dass ausländische Vorschriften Regelungen – beispielsweise über Unterhaltsansprüche – enthalten und diese dann auf die konkrete Lebensgemeinschaft auch in Deutschland An-

¹⁰⁸ BSGE 72, 125 = NJW 1993, 3346.

¹⁰⁹ BSG NJW 1993, 3346, 3347.

wendung finden müssten.

Vorab lässt sich jedoch sagen, dass nur relativ wenige Rechtsordnungen spezielle, gesetzliche Regelungen für nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufweisen.¹¹⁰ Insbesondere im lateinamerikanischen Bereich – vor allem in Bolivien¹¹¹, Ecuador, Guatemala, Panama und Honduras¹¹² – finden sich Regelungen zu den so genannten „uniones de hecho“, wobei keine Gleichstellungen mit der Ehe vorgesehen sind, es aber entsprechende personen- und vermögensrechtliche Anwendungsregelungen gibt.¹¹³

Auch im osteuropäischen Raum, wie etwa in Kroatien findet sich z.B. in Art. 3, 221, 226 Abs. 1 des Familiengesetzbuches eine Bestimmung, wonach „außer-ehelichen Partnern [...] das Recht auf Unterhalt vom anderen Partner (zusteht)“.¹¹⁴ In bestimmten Vorschriften¹¹⁵ des kroatischen Familiengesetzbuches und des slowenischen Familiengesetzes ist sogar von einer absoluten Rechtsfolgendgleichstellung zwischen nichtehelichen und ehelichen Lebensgemeinschaften die Rede. Die gleiche Situation besteht auch in einigen kanadischen Regionen, wie etwa Ontario.¹¹⁶

In Schweden ist bereits im Jahre 1987 ein Gesetz über nichteheliche Lebensgemeinschaften in Kraft getreten, das so genannte „Lag om sambors gemensam-

¹¹⁰ *Martiny*, in: Hausmann/Hohloch, S. 564.

¹¹¹ Z.B. Art. 159 des bolivianischen Familiengesetzbuches: „die dauernden und auf beide Partner begrenzten freien oder tatsächlichen ehelichen Verbindungen [...] (haben) eheliche Wirkungen sowohl hinsichtlich der persönlichen als auch der vermögensrechtlichen Beziehungen der Partner“.

¹¹² *Mankowski*, in: Staudinger, Anh. zu Art. 13 EGBGB Rn. 45.

¹¹³ *Martiny*, in: Hausmann/Hohloch, S. 564; *Mankowski*, in: Staudinger, Anh. zu Art. 13 EGBGB Rn. 45, der von einer faktischen Aufhebung der rechtlichen Differenzen der beiden Formen von Lebensgemeinschaften spricht.

¹¹⁴ Eine inhaltlich gleiche Regelung trifft Art. 14 des Gesetzes über die Ehe und Familienbeziehungen in Serbien und Art. 14 des Gesetzes über die Familie in Bosnien-Herzegowina.

¹¹⁵ So Art. 262 des kroatischen Familiengesetzbuchs und Art. 12 des slowenischen Familiengesetzes: „eine längere Zeit dauernde Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die keine Ehe geschlossen haben, (treffen) nach diesem Gesetz die gleichen Folgen [...], als wenn sie eine Ehe geschlossen hätten, sofern kein Grund vorliegt, demzufolge eine Ehe zwischen ihnen nichtig wäre“.

¹¹⁶ Vgl. *Reng*, S. 76 ff.

ma hem“ (Gesetz über das gemeinsame Heim der in nichtehelicher Lebensgemeinschaft Zusammenlebenden), welches hauptsächlich sachenrechtliche Regelungen bezüglich des Eigentums am gemeinsamen Haus, der Wohnung und über den Hausrat trifft.¹¹⁷ Regelungen über den Vermögensausgleich und die Unterhaltungspflichten gelten auch in Australien auf Grund des in New South Wales im Jahre 1984 eingeführten „De Facto Relationships Act (1984)“.¹¹⁸

Einzigartig ist die gesetzliche Regelung in San Marino, wonach die Vorschriften über die Ehescheidung auf die Auflösung einer mindestens 15 Jahre bestehenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft analog anzuwenden sind.¹¹⁹

Für ein kroatisches oder slowenisches Paar, das bereits seit 20 Jahren nicht-ehelich zusammengelebt hat, kommen keine unterhaltsrechtlichen Ansprüche nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB in Betracht, da diese nach hiesigem Recht nicht vorgesehen sind. Über Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB finden dann aber die kroatischen bzw. slowenischen Vorschriften Anwendung, die in den speziellen Familiengesetzen Unterhaltsansprüche vorsehen.¹²⁰

Hiergegen wird vereinzelt vorgebracht, es verstöße gegen den *ordre public* wenn derartige Unterhaltsleistungen in der Bundesrepublik Deutschland zugesprochen würden, da sie auf dem Gedanken der Gleichstellung von nichtehelicher und ehelicher Lebensgemeinschaft basierten.¹²¹ Dies ist jedoch nicht überzeugend, da im Ergebnis kein Verstoß vorliegt. Dieser ist nur dann gegeben, wenn die ausländische Rechtsanwendung in untragbarem Widerspruch zur inländischen Verfassungsordnung steht.¹²² Dass eine ausländische Rechtsordnung Unterhaltsansprüche zwischen unverheirateten Partnern vorsieht, kann je-

¹¹⁷ Spindler, FamRZ 1988, 913, 914.; Agell, FamRZ 1990, 817; Müller-Freienfels, in: FS-Gernhuber, S. 760 ff.

¹¹⁸ Vgl. Martiny, in: Hausmann/Hohloch, S. 565; Mankowski, in: Staudinger, Anh. zu Art. 13 EGBGB Rn. 47; Reng, S. 83 ff.

¹¹⁹ Mankowski, in: Staudinger, Anh. zu Art. 13 EGBGB Rn. 47.

¹²⁰ Martiny, in: Hausmann/Hohloch, S. 573, 576; Schümann, S. 67 ff.; vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 1994, 648 zu Art. 14, 15 EGBGB; OLG Zweibrücken NJW-RR 1993, 1478 (zu Art. 14, 17 EGBGB).

¹²¹ Striewe, S. 401 ff.

¹²² Heldrich, in: Palandt, Art. 6 EGBGB Rn. 1, 4.

doch nicht als untragbar und derart schwerwiegend angesehen werden, so dass dieses Ergebnis im deutschen Rechtsraum nicht gebilligt werden könnte.¹²³ Dafür sprechen schon die zahlreichen diesbezüglichen Regelungen allein im europäischen Raum. Es ist vielmehr Sache des deutschen Gesetzgebers den Anschluss an die europaweite Entwicklung zu halten und die notwendigen Regelungen zu treffen.

X. Sachliche Zuständigkeit

Für Rechtsstreitigkeiten zwischen nichtehelichen Lebenspartnern ist bei Streitwerten bis 5.000 Euro das Amtsgericht gemäß § 23 Nr. 1 GVG, bei darüber liegenden Streitwerten das Landgericht gemäß § 71 Abs. 1 GVG zuständig. Insofern findet § 23b GVG keine Anwendung, da keiner der aufgezählten Sonderfälle vorliegt, in dem das Familiengericht zuständig wäre.¹²⁴ Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn der Kläger behauptet, dass ihm ein familienrechtlicher Anspruch in analoger Anwendung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft zustehe.¹²⁵

Wegen des erforderlichen „psychologischen Einfühlungsvermögens“ für die Konfliktlösung in ehe- und familienrechtlichen Streitigkeiten fordert v. Münch die Zuweisung der Rechtsstreitigkeiten nichtehelicher Lebensgemeinschaften zum Familiengericht.¹²⁶ Dabei gelte es, den besonderen Sachverstand des Familiengerichters generell für den „zentralen intimen Bereich des privaten familiären Zusammenlebens“ zu nutzen.¹²⁷

Es erscheint sinnwidrig, einen der Ehe ähnlich gelagerten Sachverhalt mit an-

¹²³ So auch Reng, S. 135.

¹²⁴ Vgl. Messerle, JuS 2001, 28, 34.

¹²⁵ OLG Hamm FamRZ 1983, 273, 274; ebenso für § 1615I BGB gemäß § 23b Abs. 1 Nr. 13 GVG i.V.m. § 621 Abs. 1 Nr. 11 ZPO.

¹²⁶ V. Münch, ZRP 1988, 327, 330.

¹²⁷ V. Münch, ZRP 1988, 327, 329 f.

derem Sachverstand und differenzierten Kriterien zu beurteilen. Dies fällt in den Fällen der analogen Anwendung von eherechtlichen Vorschriften – wie z.B. § 1359 BGB – besonders ins Auge. Die besondere Zuständigkeit der Familiengerichte könnte der Etablierung einer einheitlichen Rechtsprechung zu Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dienen, was aus Gründen der Rechtsklarheit auch erforderlich scheint.

C. Voraussetzungen des § 1362 Abs. 1 BGB

I. Tatbestand

1. Bewegliche Sache

Der Anwendungsbereich des § 1362 Abs. 1 BGB ist nur dann eröffnet, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt. Über § 1362 Abs. 1 S. 3 BGB stehen Inhaber- und Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind, den beweglichen Sachen gleich. Eine bewegliche Sache im Sinne von § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB ist jeder körperlicher Gegenstand, der nicht Grundstück oder wesentlicher Bestandteil von Grundstücken ist.¹²⁸ Grundstücke werden von § 1362 Abs. 1 BGB deshalb nicht erfasst, weil bei einer Grundbucheintragung gemäß § 891 Abs. 1 BGB vermutet wird, dass dem Eingetragenen das Recht zusteht.¹²⁹ Bargeld fällt ebensowenig in den Anwendungsbereich des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB.¹³⁰

Zu beachten ist jedoch, dass bewegliche Sachen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten bestimmt sind, gemäß § 1362 Abs. 2 BGB nicht von der Vermutungsregelung des § 1362 Abs. 1 BGB erfasst werden. Hierunter zählen etwa Kleider, Damen- und Männerschmuck¹³¹ für den jeweiligen Ehegatten, Musikinstrumente, Sportgeräte, wie etwa Herren- und Damenfahrräder¹³² und sonstige der Ausübung eines Hobbys¹³³ dienende Sachen sowie

¹²⁸ *Heinrichs*, in: Palandt, vor § 90 Rn. 3; *Quack*, in: MünchKomm-BGB, § 929 Rn. 15.

¹²⁹ *Wenz*, in: RGRK, § 1362 Rn. 9; *Brox*, FamRZ 1968, 406, 407; *Rauscher*, Rn. 290.

¹³⁰ BGH NJW 1955, 20; *Müller*, in: Hoppenz, § 1362 Rn. 3; *Weinreich*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1362 Rn. 2.

¹³¹ BGHZ 2, 82 = NJW 1951, 839, 840; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1362 Rn. 8.

¹³² *Rauscher*, Rn. 296.

¹³³ *Heckelmann*, in: Erman, § 1362 Rn. 14.

Gegenstände, die offenkundig dem Erwerbsgeschäft¹³⁴ eines Ehegatten zuzuordnen sind oder dessen Arbeitsgeräte¹³⁵ darstellen.

2. Besitzstellung

Des Weiteren muss sich die bewegliche Sache im Besitz des oder der Ehegatten befinden. Hierbei genügt es nach Sinn und Zweck der Vorschrift, dass einer der beiden Ehegatten im vermeintlichen Alleinbesitz der Sache ist.¹³⁶ Über § 1362 Abs. 1 BGB wird vermutet, dass Mitbesitz der beiden Ehegatten vorliegt, so dass auch dem schuldenden Ehegatten ein Besitzrecht an der Sache zuerkannt wird.

Dahinter steht der Gedanke, dass nicht durch eine Besitz- oder Vermögensverschiebung zwischen den Ehepartnern der Zugriff des Gläubigers auf die generell der Pfändung unterliegende Sachen im Rahmen der Zwangsvollstreckung vereitelt werden soll.¹³⁷ Ohne die gesetzliche Vermutung des § 1362 Abs. 1 BGB könnte der nichtschuldende Ehegatte zur Pfändungsverhinderung schlicht angeben, dass er Alleinbesitzer der konkreten Sache sei. Dies hätte für den Gläubiger zur Folge, dass der für ihn tätige Gerichtsvollzieher das Pfändungsvorhaben nicht durchsetzen kann.

¹³⁴ OLG Bamberg FamRZ 1962, 391; LG Essen FamRZ 1963, 650; LG Aurich DGVZ 1966, 171; *Beutler*, in: Bamberger/Roth, § 1362 Rn. 14; *Wenz*, in: RGRK, § 1362 Rn. 17; *Baumgärtel/Laumen*, § 1362 Rn. 13; *Rolland*, § 1362 Rn. 9.

¹³⁵ *Brudermüller*, in: Palandt, § 1362 Rn. 8.

¹³⁶ *Hübner*, in: Staudinger, § 1362 Rn. 18; *Baur/Stürner*, S. 200; *Baumgärtel/Laumen*, § 1362 Rn. 10.

¹³⁷ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 9, 16; *Hübner*, in: Staudinger, § 1362 Rn. 2; *Wenz*, in: RGRK, § 1362 Rn. 2; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1362 Rn. 1; *Lüderitz/Dethloff*, § 4 Rn. 79.

3. Kein Getrenntleben

Im Übrigen dürfen die Ehegatten gemäß § 1362 Abs. 1 S. 2 BGB nicht getrennt leben. Dies rührt daher, dass durch das Getrenntleben der Ehegatten jeder einen grundsätzlich neuen, eigenständigen Haushalt führt und dadurch eine „Entwirrung der vorherigen Besitz- und Eigentumsverhältnisse“ stattfindet.¹³⁸ Das Getrenntleben der Ehegatten liegt nach herrschender Auffassung dann vor, wenn eine „rein tatsächliche, nicht nur vorübergehende Trennung“ besteht.¹³⁹ Dabei ist es grundsätzlich erforderlich, dass keine häusliche Gemeinschaft mehr vorhanden ist.¹⁴⁰

Jedoch ist der Begriff des Getrenntlebens bei § 1362 Abs. 1 S. 2 BGB enger zu verstehen als bei § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB.¹⁴¹ Dies hat vor allem die Konsequenz, dass bei § 1362 Abs. 1 S. 2 BGB eine Trennung innerhalb einer Wohnung nicht ausreicht.¹⁴² Es kann nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers sein, vor Ort die genauen Partnerschafts- und Wohnverhältnisse der Ehegatten beurteilen zu müssen, so dass es nur auf objektive und äußerlich erkennbare Umstände ankommen kann.¹⁴³ Dagegen kann eine Trennung nur innerhalb einer Wohnung bei § 1567 BGB für das scheidungsrechtlich relevante Getrenntleben ausreichend sein.¹⁴⁴

4. Wirkung der gesetzlichen Vermutung

Die gesetzliche Besitzvermutung gilt nach allgemeiner Meinung nur im Verhältnis zum Gläubiger und gerade nicht für die Ehegatten untereinander.¹⁴⁵ Dahinter

¹³⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 22 II Rn. 17; Baumgärtel/Laumen, § 1362 Rn. 10.

¹³⁹ OLG Köln FamRZ 1965, 510; Heckelmann, in: Erman, § 1362 Rn. 9; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 13; Müller, in: Hoppenz, § 1362 Rn. 5; Rauscher, Rn. 289.

¹⁴⁰ Brudermüller, in: Palandt, § 1567 Rn. 2.

¹⁴¹ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 22 II Rn. 18.

¹⁴² Hübner, in: Staudinger, § 1362 Rn. 21; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 14.

¹⁴³ Grandel, in: Juris-PraxisKomm, § 1362 Rn. 11.

¹⁴⁴ Vgl. OLG München FamRZ 2001, 1457.

¹⁴⁵ Schwab, Rn. 180; Schlüter, Rn. 166; Lüderitz/Dethloff, § 4 Rn. 80; Beutler, in:

steht wieder der Sinn und Zweck der Vorschrift, den Gläubiger vor ihn benachteiligenden Besitzverschiebungen zu schützen.¹⁴⁶ Zwischen den Ehegatten gilt etwa bei güterrechtlicher Auseinandersetzung nach der Ehe die Vorschrift des § 1006 BGB.¹⁴⁷

II. Widerlegung der Besitzvermutung

Es stellt sich nunmehr die Frage, was der wahre Eigentümer der Sache zur erfolgreichen Widerlegung der Besitzvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB vorbringen kann bzw. muss. Nach nahezu einhelliger Meinung genügt hierfür der Beweis des Eigentumserwerbs, wobei der Beweis des Fortbestands des Eigentums nicht erforderlich ist.¹⁴⁸ Auch der Nachweis des Erwerbs von Miteigentum genügt.¹⁴⁹ Ebenso reicht es für die Widerlegung des § 1362 Abs. 1 BGB aus, dass der nichtschuldende Ehegatte beweist, dass er schon vor der Eheschließung Besitzer der Sache war, da dies die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB für Erwerb und Fortdauer des Eigentums begründet.¹⁵⁰ Lässt sich die Besitzvermutung jedoch nicht widerlegen, haften beide Ehegatten für einseitig eingegangene Verbindlichkeiten. Teilweise wird vorgebracht, dass diese tatsächliche Folge aus der Vermutungsregel des § 1362 Abs. 1 BGB so nicht vom Gesetzgeber gewollt sei, zumal sich dies mit dem System der Gütertrennung nach § 1414 S. 1 BGB kaum vereinbaren lasse.¹⁵¹

Bamberger/Roth, § 1362 Rn. 2; *Hübner*, in: Staudinger, § 1362 Rn. 25 f.; *Müller*, in: Hoppenz, § 1362 Rn. 4; *Rauscher*, Rn. 291; *Giesen*, Rn. 241; *Weinreich*, in: Weinreich/Klein, § 1362 Rn. 1; *Weinreich*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1362 Rn. 1; *Beutler*, in: Bamberger/Roth, § 1362 Rn. 10; vgl. auch OLG München NJW 1972, 542; OLG Oldenburg FamRZ 1991, 814.

¹⁴⁶ *Weinreich*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1362 Rn. 1; *Müller*, S. 8.

¹⁴⁷ OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 963; vgl. auch OLG München NJW 1972, 542, 543.

¹⁴⁸ BGH NJW 1976, 238; BGH FamRZ 1976, 81; OLG Schleswig FamRZ 1989, 88; LG Aachen NJW-RR 1987, 712; Kropholler, § 1362 Rn. 1; vgl. auch BGH NJW 1993, 935, 936 f.; *Brox/Walker*, ZVR, Rn. 239.

¹⁴⁹ LG Aachen NJW-RR 1987, 712; *Baumgärtel/Laumen*, § 1362 Rn. 15;

¹⁵⁰ BGH NJW 1992, 1162; NJW 1993, 935, 936; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 23; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 22 II Rn. 16; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1362 Rn. 7; *Lange*, in: Soergel, § 1362 Rdnr. 8; *Wenz*, in: RGRK, § 132 Rn. 16; *Hübner*, in: Staudinger, § 1362 Rdnr. 38; *Jaeger/Lent/Weber*, § 45 Rn. 5.

¹⁵¹ *Bosch*, FamRZ 1958, 81, 85.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, S. 332.

Dass nicht zu hohe Anforderungen an die Widerlegungsmöglichkeit der Besitzvermutung gestellt werden, ist zu unterstützen. Zur Herstellung eines paritätischen Gleichgewichts kann im Rahmen des Widerlegungsvorbringens auf das Schutzinteresse des nichtschuldenden Ehegatten dadurch eingegangen werden, dass man ihm im Einklang mit der allgemeinen Auffassung durch Beweis des Eigentumserwerbs im Rahmen von § 771 ZPO zur Zurückerlangung seiner Sache hilft. Die gesetzgeberische Intention war es jedoch, dass es nicht zu einer Gesamthaftung beider Ehegatten für einseitige Verbindlichkeiten kommt. Diese von *Bosch*¹⁵² kritisierte Tatsache ist jedoch nicht abwendbar und zur praktischen Durchsetzung des Gläubigerinteresses im Rahmen von § 1362 Abs. 1 BGB hinzunehmen.¹⁵³

III. Scheingeschäfte zur Umgehung des § 1362 Abs. 1 BGB

Anknüpfend an die Möglichkeit der Vermögensverschleierung des schuldenden Ehegatten besteht auch ein Missbrauchsrisiko dahingehend, dass die Ehegatten zum Nachteil des Gläubigers Eigentum übertragen. Geschieht dies allein oder weit überwiegend in der Absicht, den Gläubiger dadurch zu schädigen, dass ihm ein Zugriff auf die Sache unmöglich gemacht wird und dabei jedoch die bisherigen Eigentumsverhältnisse tatsächlich gerade bestehen bleiben sollen, liegt ein unwirksames Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB vor.¹⁵⁴ Dies hat wegen Fehlens des Rechtsbindungswillens zur Folge, dass etwa die rechtsgeschäftliche Übereignung nach § 929 S. 1 BGB nichtig ist, und zwar gegenüber jedermann.¹⁵⁵

¹⁵² *Bosch*, FamRZ 1958, 81, 85.

¹⁵³ So auch *Reinicke*, DB 1965, 961; vgl. auch BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 532.

¹⁵⁴ *Heinrichs*, in: Palandt, § 117 Rn.3; *Kramer*, in: MünchKomm-BGB § 117 Rn. 22.

¹⁵⁵ *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 117 Rn. 1; *Kropholler*, § 117 Rn. 1.

IV. Typische Fallkonstellation

Die klassische und für § 1362 Abs. 1 BGB typische Fallkonstellation ist folgende: Der Gläubiger, der Inhaber einer titulierten Forderung ist, beauftragt den Gerichtsvollzieher mit der Pfändung eines wertvollen Gemäldes, welches sich in der gemeinsamen Wohnung des schuldenden Ehemannes und seiner Ehefrau befindet. Während der Pfändungshandlung des Gerichtsvollziehers äußert die Ehefrau sich dahingehend, dass ihr das Gemälde gehöre, da sie es von ihrer Großmutter geerbt habe. Dies könne sie mit dem Testament ihrer Großmutter beweisen. Trotz dieses Hinweises pfändet der Gerichtsvollzieher das Kunstwerk.

Hierbei stellen sich nun zwei Fragen: Zum einen, ob die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher trotz Weigerung der Ehefrau rechtmäßig war, und zum anderen, welche Möglichkeiten sie hat, um die weitere Zwangsvollstreckung in das Gemälde zu verhindern.

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher bestehen im Ergebnis keine Bedenken, da dieser gemäß § 808 Abs. 1 ZPO nur eine Gewahrsamsprüfung vorzunehmen hat.¹⁵⁶ Hier konnte der Gerichtsvollzieher über die Vermutungsregelung des § 739 S. 1 ZPO davon ausgehen, dass der schuldende Ehemann Gewahrsamsinhaber der Sache war.¹⁵⁷

Als Rechtsbehelf steht der Ehefrau als Alleineigentümerin des Gemäldes die Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 Abs. 1 ZPO zu. Mit dem Obsiegen in diesem Rechtsstreit – was ihr auf Grund des testamentarischen Nachweises sicher gelingen wird – erklärt das Gericht dann die Zwangsvollstreckung in das ihr gehörende Gemälde für unzulässig.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Stöber, in: Zöller, § 808 Rn. 3.

¹⁵⁷ Baumbach/Lauterbach, § 739 Rn. 5 u. § 808 Rn. 10.

¹⁵⁸ Thomas/Putzo, § 771 Rn. 1.

D. Rechtsbehelfe im Rahmen von §§ 1362 BGB, 739 ZPO

I. Allgemeines

Die dem § 1362 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschrift im Zwangsvollstreckungsrecht ist § 739 ZPO. Danach wird für das pfändungsrelevante Gewahrsamsverhältnis vermutet, dass der Schuldner an den in der Ehewohnung befindlichen Gegenständen Alleingewahrsam hat. Gleiches gilt für das im Rahmen der §§ 883 ff. ZPO relevante Besitzverhältnis an dem Gegenstand. Die gesetzliche Vermutung des § 739 ZPO ist im Gegensatz zu § 1362 Abs. 1 BGB unwiderlegbar.¹⁵⁹ Ließe man Streitigkeiten darüber, in wessen Eigentum die bestimmte Sache steht, bereits im Erinnerungsverfahren zu, würde § 739 ZPO weitgehend leer laufen.¹⁶⁰ Im Übrigen müsste sich der Gerichtsvollzieher mit der Rechtsfrage des Eigentums befassen, was nach Sinn und Zweck der §§ 739, 808, 809 ZPO nicht seine Aufgabe ist.¹⁶¹

Es stellt sich nunmehr die Frage, mit welchen Rechtsbehelfen Schuldner, Ehegatte und Gläubiger gegen die in der Zwangsvollstreckung auftauchende Probleme vorgehen können.

¹⁵⁹ OLG Bamberg DGVZ 1978, 9; OLG Düsseldorf ZIP 1981, 538; LG München JurBüro 89, 1311; *Brox/Walker*, ZVR, Rn. 239.

¹⁶⁰ OLG Bamberg, Beschl. v. 28. September 1977, Az.: 5 W 44/77; *Rolland*, § 1362 Rn. 11.

¹⁶¹ *Brox/Walker*, ZVR, Rn. 239; vgl. auch *Reinicke*, DB 1965, 961, 962.

II. Rechtsbehelfe des Schuldners oder Ehegatten

1. Vollstreckungserinnerung

Der Schuldner und sein Ehegatte könnten gegen einen bei der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher begangenen formellen Fehler die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO einlegen. Dies ist jedoch nur dann erfolgsversprechend, wenn dem Gerichtsvollzieher auch tatsächlich ein formeller Fehler bei der Pfändungshandlung unterlaufen ist. Insofern scheidet jedoch der Vortrag des Schuldners oder Ehegatten dahingehend aus, der Gerichtsvollzieher habe verkannt, dass ein Gewahrsam des Schuldners im Sinne des § 739 Abs. 1 ZPO gerade nicht vorgelegen habe.¹⁶² Denn die Vermutung des § 739 Abs. 1 ZPO ist aus den eingangs genannten Gründen nicht widerlegbar, weshalb der Gerichtsvollzieher diesbezüglich keinen Fehler begangen haben kann. Dies gilt auch für den Fall, dass der Schuldner oder sein Ehegatte die Vermutung des § 1362 Abs. 1 ZPO bei der Zwangsvollstreckungshandlung widerlegen wollen. Somit scheidet eine Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO aus.

So sieht es auch die herrschende Meinung, die generell die Rüge mittels Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO ablehnt.¹⁶³ Es könne nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers sein, die Besitz- oder Eigentumsverhältnisse an der zu pfändenden Sache klären zu müssen.¹⁶⁴ Genau dies würde jedoch durch die Geltendmachung der Vollstreckungserinnerung vom Gerichtsvollzieher verlangt.

¹⁶² Stöber, in: Zöller, § 739 Rn. 9.

¹⁶³ OLG Bamberg FamRZ 1962, 391, 392; LG Essen NJW 1962, 2307; Brudermüller, in: Palandt, § 1362 Rn. 10; Lange, in: Soergel, § 1362 Rn. 15; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 32; Münzberg, in: Stein/Jonas, § 739 Rn. 22; Reinicke, DB 1965, 961, 962; Braun, AcP 196 (1996), 557, 586 ff; Rosenberg/Gaul/Schilken, S. 337; Müller, S. 27 ff.; Kilian, JurBüro 1996, 67, 71.

¹⁶⁴ Reinicke, DB 1965, 961, 962.

Einer teilweise vertretenen Auffassung zufolge steht dem Ehepartner des Schuldners die Vollstreckungserinnerung jedoch grundsätzlich zu.¹⁶⁵ Demnach seien Eigentumsverletzungen über § 771 Abs. 1 ZPO und Gewahrsamsverletzungen gemäß § 766 Abs. 1 ZPO gerichtlich geltend zu machen.¹⁶⁶

Die Vollstreckungserinnerung sei der einzulegende Rechtsbehelf, wenn die Voraussetzungen der Anwendung von § **1362** Abs. 1 BGB bestritten würden.¹⁶⁷ Einer anderen Ansicht zufolge stehe dem nichtschuldenden Ehegatten ein Wahlrecht hinsichtlich der Drittwiderspruchsklage oder der Vollstreckungserinnerung zu.¹⁶⁸

Die teilweise vertretene Auffassung ist abzulehnen. Nach dem Sinn und Zweck des § 739 ZPO kommt nur eine gerichtliche Überprüfung des materiell-rechtlichen Anspruchs nach § 771 ZPO in Betracht. Verkennt der Gerichtsvollzieher jedoch, dass es sich bei dem gepfändeten Gegenstand um einen nach § 1362 Abs. 2 BGB handelt, liegt ein formeller Fehler vor, der - beiden Auffassungen zufolge¹⁶⁹ - mit der Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO gerügt werden kann.

Gegen die gerichtliche Entscheidung nach § 766 ZPO steht den Parteien die sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO offen.

¹⁶⁵ Heckelmann, in: Erman, § 1362 Rn. 12; Hübner, in: Staudinger, § 1362 Rn. 27; Wenz, in: RGRK, § 1362 Rn. 29; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 22 II Rn. 23; Baur, FamRZ 1958, 252, 253; Boennecke, NJW 1959, 1260.

¹⁶⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 22 II Rn. 23.

¹⁶⁷ Beutler, in: Bamberger/Roth, § 1362 Rn. 5; zustimmend auch Wenz, in: RGRK, § 1362 Rn. 29.

¹⁶⁸ Paulus, in: Wieczorek/Schütze, § 739 Rn. 21.

¹⁶⁹ Vgl. dazu nur Reinicke, DB 1965, 961, 963.

2. Drittwiderspruchsklage des Ehegatten

Derjenige Ehegatte, dem das Allein- oder Miteigentum¹⁷⁰ an dem gepfändeten Gegenstand zusteht, hat die Möglichkeit der Erhebung der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO.¹⁷¹ Im Rahmen dieser Klage muss der Kläger die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB widerlegen.¹⁷² Gelingt ihm das, wird die Zwangsvollstreckung in den bereits gepfändeten Gegenstand für unzulässig erklärt.

III. Rechtsbehelfe des Gläubigers

Als einzig sinnvoller Rechtsbehelf des Gläubigers kommt in gewissen Fällen die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO in Betracht.¹⁷³ Dies bietet sich für den Gläubiger an, wenn der Gerichtsvollzieher trotz tatsächlich vorliegenden Schuldnergewahrsams die Pfändung eines Gegenstandes ablehnt, etwa weil der Gerichtsvollzieher fälschlicherweise annimmt, die Vermutung des § 739 ZPO sei widerlegbar und findet sich mit einer mündlichen Erklärung des nichtschuldenden Ehegatten dahingehend ab, dass dieser Eigentümer sei.¹⁷⁴ Auch hier besteht für die Parteien wieder die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gemäß § 793 ZPO.

¹⁷⁰ BGH NJW 1993, 935; OLG Hamm OLGR 94, 94; *Thomas/Putzo*, § 771 Rn. 15.

¹⁷¹ *Weinreich*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1362 Rn. 3.

¹⁷² *Stöber*, in: Zöller, § 739 Rn. 10.

¹⁷³ *Münzberg*, in: Stein/Jonas, § 739 Rn. 27; *Stöber*, in: Zöller, § 739 Rn. 9.

¹⁷⁴ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, S. 337; *Schuschke*, in: Schuschke/Walker, § 739 Rn. 15.

E. Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB

I. Hintergrund

Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 1362 Abs. 1 BGB gilt die Vermutungsregelung nur bei verheirateten Schuldnern. Für getrennt lebende Ehegatten gilt die gesetzliche Vermutung wegen § 1362 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich nicht. Erkennt man die entsprechende Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB auf eheähnliche Lebensgemeinschaften nicht an, dann stellt sich folgendes Problem: Bei einem verheirateten Schuldner würde die Besitzvermutung im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu seinen Lasten gehen. Besteht jedoch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft und man lehnt eine analoge Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB ab, wirkt sich die Vermutungsbestimmung nicht zu Lasten des Schuldners aus. Hierin könnte man einen Verstoß gegen Art. 6 GG oder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sehen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die dem § 1362 Abs. 1 BGB ähnliche Bestimmung des § 1237 S. 2 des österreichischen ABGB vor einigen Jahren ersatzlos aufgehoben wurde.¹⁷⁵

II. Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG

In der selektiven Erstreckung der Besitzvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB auf eheliche Lebensgemeinschaften könnte ein Verstoß gegen den staatlichen Schutz der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG liegen. Denn wie eingangs schon erwähnt, ist derjenige Schuldner, der in einer nichtehelichen Partnerschaft lebt, dem verheirateten Schuldner gegenüber dadurch besser gestellt, dass für ihn

¹⁷⁵ Vgl. Wenz, in: RGRK, § 1362 Rn. 3.

die gesetzliche Vermutung des § 1362 Abs. 1 BGB nicht gilt.

Der Gesetzgeber hat bei der Reform des §§ 739 ZPO, 1362 BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.06.1957¹⁷⁶ das Ziel verfolgt, den Gläubiger eines verheirateten Schuldners gegen nahe liegende Vermögensverschiebungen¹⁷⁷ und hieraus folgende erschwerte Zugriffsmöglichkeiten bei der Sachpfändung zu schützen.¹⁷⁸ Denn ohne die Besitzvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB stellt sich die Situation für den Gläubiger wesentlich schlechter dar. Dann müsste aus dem an einem Gegenstand bestehenden Mitbesitz der Ehegatten gemäß § 1006 Abs. 1 BGB auf ein entsprechendes Miteigentum beider Partner geschlossen werden.¹⁷⁹ Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in der Regel scheitern würde, es sei denn, es liegt eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Gesamtschuldnerschaft vor.

Ein weiterer Nachteil entsteht dem verheirateten gegenüber dem in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft lebenden Partner dadurch, dass er sich gegen die Zwangsvollstreckung nach § 739 Abs. 1 ZPO nur mit Hilfe der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO wehren kann, deren Erfolgsaussichten ungewiss sein können.¹⁸⁰ Im Falle der Zwangsvollstreckung in Form der Pfändung bei einem unverheirateten Schuldner kann dagegen die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher direkt und damit ohne Erhebung der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO verhindert werden, indem der Mitgewahrsamsinhaber der Sachpfändung nach §§ 808, 809 ZPO entgegentritt.¹⁸¹ Besteht keine Einwilligung des unverheirateten Dritten, also des Mitgewahrsaminhabers, ist die Pfändung gemäß § 809 ZPO unzulässig.¹⁸²

¹⁷⁶ BGBl. 1957, 609.

¹⁷⁷ Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 5; Lüderitz/Dethloff, § 4 Rn. 79.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 2/224, 33, 68 f.

¹⁷⁹ Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 2.

¹⁸⁰ Wolf, FuR 1990, 216.

¹⁸¹ Vgl. Thomas/Putzo, § 808 Rn. 4 u. § 809 Rn. 1, 3; BT-Drucks. 2/224, 69.

¹⁸² Stöber, in: Zöller, § 809 Rn. 4; Brox/Walker, ZVR, Rn. 237.

1. Teilweise vertretene Literaturmeinung

Einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung zufolge ist die Vorschrift des § 1362 Abs. 1 BGB gerade wegen der Benachteiligung des verheirateten Schuldners gegenüber dem unverheirateten Schuldner verfassungswidrig.¹⁸³

Der Gesetzgeber habe einen generellen Ermessensspielraum zur Regelung eherechtlicher Sachverhalte.¹⁸⁴ Im Interesse des Gläubigers stelle die Besitzvermutung im Sinne von § 1362 Abs. 1 BGB einen sachlichen Grund dar, weil sich die Besitz- und Eigentumsverhältnisse innerhalb einer Ehe schwer feststellen ließen und hierdurch die Gefahr der Vermögensverschleierung bestünde. Entscheidend sei dabei, dass kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung und Schlechterstellung der Eheleute gegenüber den nichtehelichen Lebensgemeinschaften bestehe.¹⁸⁵

Die „leichte Möglichkeit der Verschleierung der Besitzverhältnisse (treffe) regelmäßig auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ebenso wie bei Eheleuten zu“.¹⁸⁶ Im Ergebnis lehnt diese Literaturansicht trotz Anerkennung der vergleichbaren Interessenlage des Gläubigers bei ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften eine Analogie ab. Der alleinige gesetzgeberische Wille sei vielmehr maßgeblich, der wegen bisherigen Untätigbleibens die analoge Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB ausschließe.

¹⁸³ Brox, FamRZ 1981, 1125; Gerhardt, ZZP 95 (1982), 467, 491; Wolf, FuR 1990, 216; Struck, AcP 187 (1987), 405, 415 ff.; Jauernig, ZVR, S. 79.

¹⁸⁴ Brox, FamRZ 1981, 1125, 1126.

¹⁸⁵ Brox, FamRZ 1981, 1125.

¹⁸⁶ Brox, FamRZ 1981, 1125, 1127; so auch Rosenberg/Gaul/Schilken, S. 332.

2. Herrschende Meinung

Dagegen geht die herrschende Meinung richtigerweise davon aus, dass § 1362 Abs. 1 BGB verfassungsgemäß ist.¹⁸⁷ Der Gläubiger sei in der Situation des § 1362 Abs. 1 BGB deshalb schützenswert, weil er sonst durch geschickte Vermögensverschiebung der Ehegatten in eine unlösbare und im Ergebnis auch unbefriedigende Beweisnot getrieben würde.¹⁸⁸ Der Gläubiger müsste ohne die Regelung des § 1362 Abs. 1 BGB den Beweis erbringen, dass ein bestimmter Gegenstand im Besitz bzw. Eigentum des konkreten Schuldners stehe.

3. Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist hier beizupflichten, da es dem Gesetzgeber überlassen bleiben muss, auf einzelne der Ehe entgegenstehende Interessen einzugehen. Hier besteht ein nicht unerhebliches Schutzinteresse beim Gläubiger eines schuldenden Ehegatten, weil bei zusammenlebenden Partnern sonst der Gläubiger das Risiko der Vermögensverschleierung mit einhergehenden Schutzbehauptungen zu tragen hätte. Dies würde in den allermeisten Fällen dazu führen, dass der nichtschuldende Ehegatte einfach sein Besitzrecht an der konkreten Sache bekundet, wonach eine Pfändung durch den Gerichtsvollzieher gemäß §§ 808, 809 ZPO nicht mehr durchführbar wäre. Somit ist das Schutzinteresse des Gläubigers insgesamt vorrangig, weshalb § 1362 Abs. 1 BGB nicht verfassungswidrig ist.

Im Ergebnis muss dann allerdings auch die entsprechende Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften gefordert werden.

¹⁸⁷ *Brudermüller*, in: Palandt, § 1362 Rn. 1; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 10; *Hübner*, in: Staudinger, § 1362 Rn. 3; *Heßler*, in: MünchKomm-ZPO, § 739 Rn. 21.; *Schuschke*, in: *Schuschke/Walker*, § 739 Rn. 1; vgl. auch LG Frankfurt NJW 1986, 729.

¹⁸⁸ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 10; *Müller*, in: Hoppenz, § 1362 Rn. 1; *Lange*, in: Soergel, § 1362 Rn. 2; *Baumgärtel/Laumen*, § 1362 Rn. 1.

III. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Aus ähnlichen Gesichtspunkten wie bereits oben bei der Frage des Verstoßes des § 1362 Abs. 1 BGB gegen Art. 6 GG ist auch die Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen.

1. Teilweise vertretene Auffassung

Die teilweise in der Literatur vertretene Ansicht geht auch hier von einer Verfassungswidrigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB mit Art. 3 Abs. 1 GG aus.¹⁸⁹ Die Regelung über die gesetzliche Besitzvermutung benachteilige nicht nur die Ehe als verfassungsrechtlich von Art. 6 GG geschütztes Gebilde, sondern auch den einzelnen Ehegatten des Schuldners in einer ehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber demjenigen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, da dieser von der negativen Vermutungsregelung des § 1362 Abs. 1 BGB erfasst werde.¹⁹⁰

2. Herrschende Meinung

Dagegen wendet die herrschende Meinung erneut ein, dass ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung der ehelichen Lebensgemeinschaft bestehe. Dieser liege, wie auch oben schon erwähnt, darin, dass bei eng zusammenlebenden Partnern die Gefahr der Vermögensverschiebung zum Nachteil der Gläubiger bestehe und diesem Missbrauchsrisiko durch die gesetzliche Vermutungsregelung vorgebeugt werden solle.¹⁹¹

¹⁸⁹ Vgl. Brox, FamRZ 1981, 1125, 1126 f.

¹⁹⁰ Brox, a.a.O.

¹⁹¹ Statt vieler Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 10.

3. Stellungnahme

Zu Recht geht die herrschende Ansicht auch bei Art. 3 Abs. 1 GG von der Verfassungsgemäßheit des § 1362 Abs. 1 BGB aus. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses ist hier anzumerken, dass bei Verfassungskonformität des § 1362 Abs. 1 BGB gemessen an Art. 6 Abs. 1 GG, welcher der Ehe einen viel weitgehenden Schutz vor staatlichen Zugriffen einräumt, dies erst recht bei Art. 3 Abs. 1 GG geltend muss, der insofern geringere Voraussetzungen zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung beinhaltet. Bei Art. 3 Abs. 1 GG bedarf es nach allgemeiner Auffassung nur sachlicher Gründe für die Ungleichbehandlung.¹⁹² Im Übrigen ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ein Verstoß nur dann gegeben, „wenn [...] der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als Willkürverbot verletzt ist“.¹⁹³

Man könnte sogar noch einen Schritt weiter gehen und sagen, dass es einer Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG hier gar nicht mehr bedarf, weil Art. 6 Abs. 1 GG insofern das speziellere Grundrecht ist und dies – wie oben bereits erwähnt – durch die Vermutungsregelung in § 1362 Abs. 1 BGB nicht tangiert wird. Dafür würde auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.07.1968¹⁹⁴ sprechen, in der es § 45 KO wegen Unvereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärte und ansonsten keine weitere Prüfung anhand des Art. 3 Abs. 1 GG vorgenommen hat.

¹⁹² *Osterloh*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 103.

¹⁹³ BVerfGE 96, 288, 311; vgl. auch BVerfGE 87, 273, 278; BVerfGE 89, 1, 13 f.

¹⁹⁴ BVerfGE 24, 104 ff. = NJW 1968, 1771.

IV. Stellungnahme

§ 1362 Abs. 1 BGB verstößt nicht gegen Grundrechte. Weder im Hinblick auf Art. 6 GG noch hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG liegt eine Verfassungswidrigkeit vor. Die Vermutungsregelung des § 1362 Abs. 1 BGB ist durch mehrere sachliche Gründe gerechtfertigt. Neben den genannten Aspekten bestehen häufig ohnehin keine eindeutig abgrenzbaren Eigentums- oder Besitzverhältnisse hinsichtlich der Gegenstände, die sich in einer Ehewohnung befinden, da diese von beiden Ehepartnern zusammen genutzt und angeschafft werden. Somit stellt sich die wirkliche Konfliktsituation, in der es der Vermutungsregelung tatsächlich bedarf dann, wenn es sich um einen persönlichen oder besonders wertvollen Gegenstand eines Partners handelt oder wenn tatsächlich Vermögensverschiebungs- oder Vermögensverschleierungsabsichten bei den Ehegatten zum Tragen kommen.

F. Analog anwendbare Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

I. Entsprechend anwendbare Gesetzesvorschriften

In der Vergangenheit wurde bereits mehrfach über die analoge Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft diskutiert und teilweise auch höchstrichterlich entschieden. Daher soll nun näher auf die Vorschriften des § 1359 BGB, § 1093 Abs. 2 BGB, § 563 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 569a Abs. 2 BGB (a.F.)), § 1969 BGB, § 553 Abs. 1 BGB, § 1932 Abs. 1 BGB und § 116 Abs. 6 SGB X eingegangen werden.

1. Analoge Anwendung des § 1359 BGB

Nach § 1359 BGB haben die Ehegatten bei Erfüllung ihrer ehelichen Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Im römischen Recht wurde die so genannte *diligentia quam in suis (rebus adhibere solet)* als Haftungsprinzip verstanden, welches die rechtliche Haftung auf vorsätzliche Handlungen beschränken sollte.¹⁹⁵ Heute begründet die *diligentia quam in suis* einen Maßstab zur Haftungsprivilegierung bei Sorgfaltspflichtverstößen im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft, wobei der handelnde Ehegatte gemäß § 277 BGB nur für grobe Fahrlässigkeit haftet.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1359 Rn. 1.

¹⁹⁶ Brudermüller, in: Palandt, § 1359 Rn. 1; Rolland, § 1359 Rn. 1; Burandt, in: Hoppenz, § 1359 Rn. 1.

a) Meinungsstreit

Im Rahmen von deliktischen Ansprüchen ist § 1359 BGB nach der herrschenden Meinung auf Körperverletzungen und Sachbeschädigungen im häuslichen Bereich grundsätzlich anwendbar.¹⁹⁷ Bei Straßenverkehrsdelikten geht die herrschende Meinung jedoch richtigerweise davon aus, dass hierbei die Haftungserleichterung des § 1359 BGB nicht eingreift, da die Straßenverkehrsregeln „keinen Spielraum für individuelle Sorgfaltslosigkeit“ zulassen.¹⁹⁸ Es bliebe vielmehr bei der allgemeinen Haftung nach § 276 BGB, weil sich niemand darauf berufen könne, dass er die Straßenverkehrsregeln „gewöhnlich zu verletzen“ pflege.¹⁹⁹ Der Umfang der Haftung richtet sich grundsätzlich nach § 277 BGB, es sei denn es wurden Haftungsverschärfungen oder -erleichterungen vereinbart.²⁰⁰

Dass § 1359 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft entsprechende Anwendung findet, ist die nahezu einhellige Auffassung.²⁰¹ Das Oberlandesgericht Celle hat entschieden, dass die Haftungserleichterung nach § 1359 BGB zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft konkludent mit der Überlassung des Fahrzeuges an die Freundin vereinbart werde.²⁰² Das Oberlandesgericht Oldenburg spricht schlicht von der analogen Anwendung der

¹⁹⁷ OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 68; KG Berlin MDR 2002, 35; *Roth-Stielow*, in: RGRK, § 1359 Rn. 3; *Lange*, in: Soergel, § 1357 Rn. 2; *Schlüter*, Rn. 49.

¹⁹⁸ BGHZ 53, 352 = NJW 1970, 1271; BGHZ 61, 101, 105 = NJW 1973, 1654; BGHZ 63, 51, 57 = NJW 1974, 2124; *Lange*, in: Soergel, § 1359 Rn. 3; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1359 Rn. 17 ff.; *Hübner*, in: Staudinger, § 1359 Rn. 15; *Roth-Stielow*, in: RGRK, § 1359 Rn. 11; *Rolland*, § 1359 Rn. 5; ; *Berger*, in: Jauernig, § 1359 Rn. 5; *Rehme*, in: Weinreich/Klein, § 1359 Rn. 8; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 22 I Rn. 6; *Schwab*, Rn. 136.

¹⁹⁹ *Burandt*, in: Hoppenz, § 1359 Rn. 4; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1359 Rn. 17.

²⁰⁰ *Brudermüller*, in: Palandt, § 1359 Rn. 3.

²⁰¹ OLG Celle FamRZ 1992, 941, 942; OLG Oldenburg NJW 1986, 2259; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 28; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1359 Rn. 8, Nach § 1302 Rn. 25; *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 891; *Holzhauser*, in: Hausmann/Hohloch, S. 438 f.; *Bosch*, FamRZ 1986, 675, 676; *Lüderitz/Dethloff*, § 8 Rn. 7; a.A. wohl *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 44 II Rn. 4-6; *Thorn*, in: Juris-PraxisKomm, § 1359 Rn. 9; *Weinreich/Kleffmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1360 Rn. 2, die die Analogie mangels rechtlich verfestigter Lebensgemeinschaft ablehnen; zurückhaltender *Rehme*, in: Weinreich/Klein, § 1359 Rn. 3.

²⁰² OLG Celle FamRZ 1992, 941, 942.

§§ 708, 1359 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft.²⁰³

Der hinter § 1359 BGB stehende Gedanke sei es, dass es gerade bei eng zusammenlebenden Personen leichter zu Schädigungen kommen könne, zumal man sich dem anderen gegenüber „in gewissem Umfang anvertraut“.²⁰⁴ Deshalb liege auch eine vergleichbare Schutzintention für die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vor. Letztlich könne auch bei einer bestehenden Gesellschaft zwischen nichtehelichen Lebenspartnern die entsprechende Vorschrift des § 708 BGB als Begründung für die Erstreckung des § 1359 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft herangezogen werden.²⁰⁵

b) Stellungnahme

Der einhelligen Meinung ist zuzustimmen, wenn eine analoge Anwendung des § 1359 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften befürwortet wird. Die vergleichbare Interessenlage sowie die verwandte Vorschrift des § 708 BGB unterstützen diese Feststellung. In dem vom Oberlandesgericht Oldenburg entschiedenen Fall musste der Kläger von einer konkludent vereinbarten Haftungserleichterung mit der Beklagten in der Form ausgehen, dass diese zumindest von leicht fahrlässigem Handeln schuldbefreit gewesen ist.²⁰⁶

²⁰³ OLG Oldenburg NJW 1986, 2259; ähnlich auch OLG Karlsruhe, FamRZ 1992, 940, 941, das jedoch nicht von einer entsprechenden Anwendung spricht, sondern vielmehr eine konkludente Haftungserleichterung anerkennt.

²⁰⁴ *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 891 m.w.N.

²⁰⁵ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1359 Rn. 8.

²⁰⁶ OLG Oldenburg FamRZ 1992, 941, 942.

2. Analoge Anwendung des § 1093 Abs. 2 BGB

Im Rahmen des Dienstbarkeitenrechts stellt sich die Frage, ob der Lebensgefährte des Berechtigten gemäß § 1093 Abs. 2 BGB in die Wohnung aufgenommen werden darf.

a) Meinungsstreit

Einer teilweise vertretenen Ansicht in der Literatur zufolge, sei die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht von § 1093 Abs. 2 BGB erfasst.²⁰⁷ Der persönliche Schutzbereich des § 1093 Abs. 2 BGB umfasse nur „Personen, deren Beziehung zum Berechtigten entweder normalerweise eine Wohngemeinschaft [...] voraussetzt oder aber in besonderen Fällen diese Wohngemeinschaft aus Gründen, die in den Lebensumständen des Berechtigten liegen, zwingend erfordert.“²⁰⁸ Hierunter falle die eheähnliche Lebensgemeinschaft gerade nicht, weil „Freundschaften jeder Art, die nur eng genug und lange praktiziert sind [...] (und) von der Gesellschaft toleriert werden“ nicht mit der Ehe gleichgestellt werden könnten.²⁰⁹ Die Besonderheit und „rechtliche Bedeutung der Ehe (kann) nur lebendig erhalten werden, wenn rechtliche Folgen der Nichtanerkennung anderer Lebensgemeinschaft sichtbar (bleiben)“.²¹⁰

Demgegenüber geht die herrschende Meinung zu Recht davon aus, dass sich § 1093 Abs. 2 BGB auch auf den Lebensgefährten einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft anwenden lässt.²¹¹ Der Bundesgerichtshof hat dies in seiner

²⁰⁷ *Heinz*, FamRZ 1982, 763, 764; BGH FamRZ 1982, 774, 775 m. Anm. *Stürner*; unterstützend auch *Jauernig*, in: *Jauernig*, § 1093 Rn. 7.

²⁰⁸ *Heinz*, FamRZ 1982, 763, 764.

²⁰⁹ *Heinz*, a.a.O.

²¹⁰ BGH FamRZ 1982, 774, 775 m. Anm. *Stürner*.

²¹¹ BGHZ 84, 36 = NJW 1982, 1868; BGH NJW 1993, 999, 1000; *Bassenge*, in: Palandt, § 1093 Rn. 12; *Eickmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1093 Rn. 8; *Grziwotz*, in: Erman, § 1093 Rn. 10; *Alpmann*, in: Juris-PraxisKomm, § 1093 Rn. 28; *Stürner*, in: Soergel, § 1093 Rn. 14; *Joost*, in: MünchKomm-BGB, § 1093 Rn. 12; *Scheld*, RPfleger 1983, 2, 4; *Langohr*, ZMR 1983, 222,

Entscheidung vom 07.05.1982 damit begründet, dass der Gesetzgeber bei Erlass der Regelung „nicht vorhersehen konnte, in welchem Ausmaße nichteheliche Lebensgemeinschaften in späteren Zeiten praktiziert und weithin geduldet werden würden“.²¹² Daher sei eine Schließung dieser Gesetzeslücke durch richterliche Rechtsfortbildung geboten.

b) Stellungnahme

Die zuletztgenannte Ansicht ist überzeugend. Nach dem Sinn und Zweck des § 1093 Abs. 2 BGB sind die eng zusammenlebenden Personen in den Regelungsbereich der Norm mit aufzunehmen, da diese sich von den ehelichen Lebensgemeinschaft nur durch die förmliche Eheschließung unterscheiden. In beiden Formen des Zusammenlebens steht das Interesse des Berechtigten im Vordergrund, seinen Partner in die Wohnung aufzunehmen.

3. Analoge Anwendung des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 569a Abs. 2 BGB a.F.)

Inwieweit ein Eintrittsrecht eines Dritten beim Tode des Mieters besteht, wird in § 563 Abs. 1 BGB geregelt. Demnach tritt der Ehegatte des Verstorbenen in das bestehende Mietverhältnis ein. Es stellte sich vor Erlass des § 563 Abs. 2 S. 4 BGB jedoch die Frage, ob man einem Partner, der mit dem verstorbenen Mieter in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengewohnt hat, ein entsprechendes Eintrittsrecht in den Mietvertrag zuerkennen sollte.

223.; wohl auch *Mayer*, in: Staudinger, § 1093 Rn. 41; vgl. auch AG Ahrensburg, MDR 1980, 936; AG Mannheim, ZMR 1972, 193.

²¹² BGHZ 84, 36 = NJW 1982, 1868.

a) Meinungsstreit

Einerseits könnte man der Ansicht sein, dass eine entsprechende Anwendung des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB auf die eheähnliche Lebensgemeinschaft nicht in Betracht komme.²¹³ So entschied das Bayerische Oberste Landesgericht am 20.07.1992²¹⁴, wobei es wegen abweichender Meinung zur Entscheidung des Oberlandesgericht Saarbrücken vom 06.03.1991²¹⁵ dem Bundesgerichtshof die Frage zur Entscheidung gemäß § 541 Abs. 1 S. 3 ZPO a.F. vorlegte. Der Gesetzgeber habe bei der Aufnahme des § 569a Abs. 2 BGB a.F. durch das 2. Mietrechtsänderungsgesetz²¹⁶ den Begriff des Familienangehörigen dahingehend verstanden, dass nur der Ehegatte darunter falle. Demzufolge sei schon gar keine Regelungslücke vorhanden, die geschlossen werden könnte. Immerhin erkannte das Bayerische Oberste Landesgericht, dass seit dem Erlass des Gesetzes im Jahre 1964 „ein Wandel in der Beurteilung solcher Lebensgemeinschaften im Verständnis der Allgemeinheit eingetreten ist“.²¹⁷ Dies rechtfertige jedoch keine Analogie, da dem Gesetzgeber bereits 1956 die Situation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bewusst gewesen sei, als er im Rahmen der Arbeitslosenhilfe eine Regelung zur eheähnlichen Lebensgemeinschaft erließ. Auch eine etwaige Sonderstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als solche im Vergleich zur Ehe oder zum Verwandtsein lehnt das Bayerische Oberste Landesgericht ab. Der Sinn und Zweck des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB erstrecke sich seinem Schutzgehalt nach nur auf Lebensgemeinschaften, die nach förmlicher Eheschließung geführt werden.

Die herrschende Auffassung bejahte hingegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 569a Abs. 2 BGB (a.F.) auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft.²¹⁸

²¹³ BayObLG NJW 1993, 137; LG Karlsruhe NJW 1982, 1884; *Bosch*, FamRZ 1991, 1, 4; *Battes*, JZ 1988, 957, 959; *Schläger*, ZMR 1990, 241, 243.

²¹⁴ BayObLG NJW 1993, 137.

²¹⁵ OLG Saarbrücken NJW 1991, 1760.

²¹⁶ BGBl. 1964, 457.

²¹⁷ BayObLG NJW 1993, 137.

²¹⁸ Statt vieler BGHZ 121, 116 = NJW 1993, 999; OLG Saarbrücken NJW 1991, 1760; LG Han-

Der Gesetzgeber habe – wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 13.01.1993 betonte – bei Erlass der Regelung im Jahre 1964 nicht voraussehen können, dass sich die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaft derart steil entwickeln und „als typische Erscheinung des sozialen Lebens“ weithin anerkannt werden würde.²¹⁹ Lediglich das Fehlen einer „formalen rechtlichen Bindung“ könne nach Auffassung des Bundesgerichtshofs „die analoge Anwendung des § 569a Abs. 2 BGB nicht“ ausschließen.²²⁰ Darüber hinaus sei die eheähnliche Gemeinschaft nicht weniger schutzwürdig als die sonstigen Familienangehörigen.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte die analoge Rechtsanwendung des § 569a Abs. 2 S.1 BGB (a.F.) mit Beschluss vom 03.04.1990 für verfassungsrechtlich unbedenklich.²²¹

Durch das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften vom 16.02.2001²²² wurde in § 563 Abs. 2 S. 4 BGB neu geregelt, dass das Eintrittsrecht nach § 563 Abs. 1 S. 1 BGB auch für Personen gilt, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen.²²³ Nach Auffassung der Bundesregierung²²⁴ soll die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft maßgeblich sein.

nover FamRZ 1985, 1255; LG Berlin NJW-RR 1990, 1041; *Eckert*, in: HandKomm-BGB, § 563 Rn. 3; *Wiek*, ZMR 1991, 181; *Klas*, ZMR 1982, 289, 290; *Schwab*, ZMR 1983, 184, 186; *Medicus*, JZ 1993, 952, 953; *Knoche*, S. 148, 156.

²¹⁹ BGH NJW 1993, 999, 1000.

²²⁰ BGH NJW 1993, 999, 1001.

²²¹ BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, 1593.

²²² BGBl. 2001, 266.

²²³ Vgl. auch *Rolfs*, in: Staudinger, § 563 Rn. 23 ff.

²²⁴ BT-Drucks. 14/4553, 61.

b) Stellungnahme

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.01.1993 ist sowohl in seiner Begründung als auch im Ergebnis zuzustimmen. Der persönliche Schutzbereich des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht sich auf eng mit dem Mieter zusammenlebende Personen. Hierbei ist es nur von nachrangiger Bedeutung, ob innerhalb der häuslichen Wohngemeinschaft eine eheliche oder nichteheliche Beziehung bestand. Dass der Gesetzgeber das „soziale Phänomen“ der nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Jahre 1964 schlichtweg nicht in seine Gesetzesinitiative mit einfließen ließ, zeigt im Nachhinein auch der Umstand, dass die nichtehelichen Lebenspartner seit Anfang 2001 über § 563 Abs. 2 S. 4 BGB vom Schutzzweck der Norm mitumfasst werden. Insgesamt ist der Meinungsstreit daher heute obsolet, wobei die herrschende Meinung zur heute geltenden Gesetzeslage geworden ist.

4. Analoge Anwendung des § 1969 BGB

Nach § 1969 Abs. 1 BGB, dem so genannten „Dreißigsten“ steht den Familienangehörigen des Verstorbenen ein Nutzungsrecht am bisherigen Hausstand inklusive der Wohnung für die Dauer von dreißig Tagen zu. Hierbei stellt sich erneut die Frage, ob man die Vorschrift zumindest entsprechend auf nichteheliche Lebenspartner anwenden kann.

a) Meinungsstreit

Einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht nach sei § 1969 Abs. 1 BGB nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausdehnbar.²²⁵ Ein nichtehelicher Lebenspartner könne begriffstechnisch nicht als Familienangehöriger im rechtlichen Sinne angesehen werden und habe daher auch keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch.²²⁶ Ferner sei es inkonsequent, dass § 1969 Abs. 1 BGB keine Anwendung auf getrennt lebende und geschiedene Ehegatten finde, der Lebensgefährte jedoch vom Schutzbereich des § 1969 Abs. 1 BGB erfasst werden soll.²²⁷ Die entsprechende Anwendung könne im Ergebnis nicht eingreifen, weil der Lebensgefährte gegenüber dem Ehegatten zwar ein „Minus“ sei, gegenüber den sonstigen Familienangehörigen jedoch ein „aliud“.²²⁸

Die herrschende Meinung fasst den Tatbestand des § 1969 Abs. 1 BGB jedoch relativ weit und lässt daher teilweise eine direkte²²⁹, mindestens jedoch eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu.²³⁰ Sämtliche dem Erblasser sehr nahestehenden Personen seien nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom Schutzzweck des § 1969 Abs. 1 BGB erfasst.²³¹ Darunter seien Ehegatte, Verwandte, Verschwägerter, Lebensgefährte, Freunde und Pflegekinder zu verstehen.

²²⁵ *Steinert*, NJW 1986, 683, 686; wohl auch *Stürner*, in: Jauernig, § 1969 Rn. 1; kritisch ebenso *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 891; ablehnend auch *Johannsen*, in: RGRK, § 1969 Rn. 2, m.H. auf ein Urteil des OLG München vom 10.11.1939 in HRR 1940, 354: „Eine Ehebrecherin, die mit dem Erblasser in ehedgleicher Gemeinschaft gelebt hat, gehört nicht zu den Familienangehörigen.“

²²⁶ *Steinert*, NJW 1986, 683, 686.

²²⁷ *Steinert*, a.a.O.

²²⁸ *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 891.

²²⁹ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566, 1567.

²³⁰ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566; *Edenhofer*, in: Palandt, § 1969 Rn. 1; *Siegmann*, in: MünchKomm-BGB, § 1969 Rn. 2; *Stein*, in: Soergel, § 1969 Rn. 2; *Marotzke*, in: Staudinger, § 1969 Rn. 4; *Tschichoflos*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1969 Rn. 2; *Schlüter*, in: Erman, § 1969 Rn. 2; *Hoeren*, in: HandKomm-BGB, § 1969 Rn. 2 u. § 1931 Rn. 3; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 127; *Schwab*, Rn. 836; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 43 II Rn. 10-12; *Grziwotz*, S. 331; *Koutsches*, FPR 2001, 41, 42; *Schreiber*, Rn. 585; zustimmend auch *Hoffmann*, in: Rotax-FamPrax, Teil 13, Rn. 146; vgl. auch *Lieb*, Gutachten A, S. 94; *Reng*, S. 37.

²³¹ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566, 1567.

b) Stellungnahme

Der Sinn und Zweck des § 1969 Abs. 1 BGB gebietet es, dem Lebensgefährten des Erblassers ein dreißigtägiges Wohn- und Nutzrecht anzuerkennen. Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, einer Lebensgefährtin, die mehrere Jahre mit dem Erblasser liiert gewesen war, den Anspruch auf den „Dreißigsten“ zu versagen. Ferner würde es zu widersinnigen Ergebnissen führen, wenn der nichteheliche Lebenspartner zwar gemäß § 563 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 4 BGB in das bestehende Mietverhältnis eintritt, ihm aber die Nutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände nach § 1969 Abs. 1 BGB untersagt werden könnte. Daher gebietet die Einheit der Rechtsordnung eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften für den so genannten „Dreißigsten“.

5. Einbeziehung des Lebensgefährten bei § 553 Abs. 1 BGB

Bei der Frage der Gestattung der Gebrauchsüberlassung der Mietsache an einen Dritten stellt sich auch die Frage der Anwendbarkeit des § 553 Abs. 1 BGB auf den Lebensgefährten.²³² Zentraler Aspekt ist dabei, ob man die Aufnahme des Lebensgefährten zur Bildung oder Fortführung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als berechtigtes Interesse des Mieters im Sinne von § 553 Abs. 1 BGB ansieht.²³³

²³² *Weidenkaff*, in: Palandt, § 553 Rn. 4; *Tonner*, in: Juris-PraxisKomm, § 553 Rn. 8; *Jendrek*, in: Erman, § 552 Rn. 3; *Emmerich*, in: Staudinger, § 553 Rn. 4 ff.

²³³ Eingehend dazu *Brudermüller*, S. 96 ff.

a) Meinungsstreit

Das Landgericht Wiesbaden wies 1953 die tatsächliche Verbreitung „wilder Ehen“ und illegitimer Lebensverhältnisse zwischen nichtehelichen Partnern noch als unbeachtlich ab.²³⁴ Auch das Landgericht Traunstein konnte im Jahre 1958 einer „derartigen Übung“ des unehelichen Zusammenlebens keine rechtliche Anerkennung abgewinnen.²³⁵

Erst mit den Entscheidungen des Amtsgerichts Essen²³⁶, Landgerichts Düsseldorf²³⁷ und Amtsgerichts Mannheim²³⁸ entwickelte sich eine wohlwollendere Auffassung gegenüber dem nichtehelichen Lebensgefährten.

Das Landgericht Bonn entschied im Jahre 1976, dass die Aufnahme eines Lebensgefährten in die frühere eheliche Wohnung berechtigt ist, wenn infolge des Todes ihres Ehemannes dessen Platz in der Wohnung frei geworden ist und sich außerdem ihr Einkommen auf Grund der gegenüber den Arbeitseinkünften des Ehemannes geringeren Rentenbezügen vermindert hat.²³⁹ Das Amtsgericht Wuppertal urteilte am 17.01.1977, dass ein „(eheähnliches) Verhältnis [...] nicht den heute überwiegenden Moralanschauungen (widerspricht)“.²⁴⁰

Die wegweise Änderung in der Rechtsprechung ergab sich dann durch das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 17.08.1982. Dabei sprach das Gericht dem Mieter ein „berechtigtes Interesse an der Aufnahme eines Dritten in die Mietwohnung im Sinne von § 549 Abs. 2 BGB (a.F.) zu, wenn er im Rahmen seiner Lebensgestaltung aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen mit dem Dritten eine auf Dauer angelegte Wohngemeinschaft begründen will, gleichviel, ob es sich bei dem Dritten um eine Person gleichen oder anderen Geschlechts handelt“.²⁴¹

²³⁴ LG Wiesbaden ZMR 1954, 296.

²³⁵ LG Traunstein ZMR 1958, 224; siehe auch AG Hameln ZMR 1960, 12.

²³⁶ AG Essen ZMR 1963, 238.

²³⁷ LG Düsseldorf ZMR 1967, 89.

²³⁸ AG Mannheim ZMR 1972, 193.

²³⁹ LG Bonn NJW 1976, 1691.

²⁴⁰ AG Wuppertal WM 1978, 107.

²⁴¹ OLG Hamm NJW 1982, 2876.

Die heute herrschende Auffassung geht richtigerweise davon aus, dass der nichteheliche Lebenspartner als Dritter im Sinne von § 553 Abs. 1 BGB anzusehen ist.²⁴² Nach zutreffender Begründung von *Grziwotz* ist der Entschluss des Mieters, einen nichtehelichen Lebensgefährten in die Wohnung aufzunehmen, „Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ gemäß Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, so dass diesem Interesse sogar ein grundrechtlicher Schutz zukomme.²⁴³

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts müssen „die Zivilgerichte [...] bei der Überprüfung der vom Vermieter getroffenen Entscheidung im Rahmen des § 242 BGB abwägen zwischen dem eigentumsrechtlich geschützten Interesse des Vermieters [...] und dem ebenfalls grundrechtlich geschützten Interesse des Mieters [...]“.²⁴⁴

b) Stellungnahme

Im Ergebnis ist mit *Brudermüller* die Aufnahme eines Lebensgefährten zur Bildung oder Fortführung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als berechtigtes Interesse anzusehen.²⁴⁵ Der Bundesgerichtshof geht mittlerweile soweit, dass er dem Mieter darauf sogar grundsätzlich einen Anspruch zuerkennt.²⁴⁶ Auch hier zeigt sich einmal mehr, wie die rechtliche mit der gesellschaftlichen Wandlung einhergegangen ist.

²⁴² BGHZ 157, 1 = NJW 2004, 56; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 553 Rn. 4; *Eckert*, in: HandKomm-BGB, § 553 Rn. 2.; *Jendrek*, in: Erman, § 553 Rn. 3; *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 553 Rn. 3; *Battes*, in: Hollerbach/Maier/Mikat, S. 43.

²⁴³ *Grziwotz*, S. 124 m. H. auf BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, 1593; vgl. auch BVerfG NJW 2000, 2658, 2659.

²⁴⁴ BVerfG NJW 2000, 2658, 2659.

²⁴⁵ *Brudermüller*, S. 131.

²⁴⁶ BGHZ 157, 1 = NJW 2004, 56 = FamRZ 2004, 91 m. Anm. *Brudermüller*, FamRZ 2004, 359; zustimmend *Riecke*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 553 Rn. 2; *Jendrek*, in: Erman, § 553 Rn. 5.

6. Analoge Anwendung des § 1932 Abs. 1 BGB

Im Rahmen des § 1932 Abs. 1 BGB stellt sich ebenfalls die Frage einer analogen Anwendung der Vorschrift auf den nichtehelichen Lebensgefährten. Dabei ist der Sinn und Zweck des Voraus, dem überlebenden Ehegatten die Fortsetzung des bisherigen Haushaltes zu ermöglichen.²⁴⁷ Problematisch ist dies dann, wenn die Haushaltsgegenstände den wesentlichen oder gesamten Teil des Nachlasses ausmachen.²⁴⁸

a) Meinungsstreit

Die herrschende Meinung lehnt die entsprechende Anwendung auf den eheähnlichen Lebensgefährten ab.²⁴⁹ Es fehle „an einer für einen Analogieschluss zulässigen Vergleichbarkeit der erbrechtlichen Stellung der Anspruchsberechtigten“. ²⁵⁰ Der persönliche Anwendungsbereich des § 1932 Abs. 1 BGB sei auf Ehegatten beschränkt.²⁵¹ Die entsprechende Anwendbarkeit der erbrechtlichen Norm setze vielmehr voraus, „dass der Ehegatte gesetzlicher (Mit-)Erbe nach § 1931 BGB geworden (ist)“, was nicht im Wege einer analogen Anwendung angenommen werden könne.²⁵² Gegen die Analogie spreche auch, dass „es (nicht angehen könne), (den nichtehelichen Lebenspartnern) nur etwaige Vorteile der Ehe zugute kommen zu lassen“, vielmehr müssten sie sich an der Ent-

²⁴⁷ *Edenhofer*, in: Palandt, § 1932 Rn. 1.

²⁴⁸ *Schlüter*, in: Erman, § 1932 Rn. 2.

²⁴⁹ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 40; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 131; *Schmidt*, in: Juris-PraxisKomm, § 1932 Rn. 18; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 127; *Kouts*, FPR 2001, 41; *Messerle*, JuS 2001, 28, 33; *Goetz*, FamRZ 1985, 987; *Goetz*, S. 118; *Schreiber*, Rn. 586, die jedoch bei Existenzgefährdung eine entsprechende Anwendung vorschlägt; *Leipold*, in: MünchKomm-BGB, § 1932 Rn. 4, der eine entsprechende Regelung de lege ferenda unterstützt, de lege lata jedoch eine analoge Anwendung ablehnt.

²⁵⁰ *Kouts*, FPR 2001, 41; ähnlich *Lieb*, Gutachten A, S. 95, der die Voraussetzungen für eine Analogie oder richterliche Rechtsfortbildung als nicht gegeben ansieht.

²⁵¹ *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 131; vgl. auch *Messerle*, JuS 2001, 28, 33, die davon ausgeht, dass § 1932 BGB „an den Ehegattenstatus anknüpft“.

²⁵² *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 127.

scheidung, keine Ehe eingehen zu wollen, festhalten lassen.²⁵³

Die teilweise im Schrifttum vertretene Auffassung bejaht hingegen die analoge Anwendung des § 1932 Abs. 1 BGB.²⁵⁴ Es liege eine der Ehe vergleichbare Situation beim nichtehelichen Lebenspartner vor.²⁵⁵ Abwicklungsprobleme mit einem „Noch-Ehegatten bzw. Noch-Lebenspartner“ seien nicht zu befürchten, da der Voraus keinen dinglichen sondern lediglich schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben begründe.²⁵⁶

Die „rechtliche Qualität der Partnerschaftsbeziehung“ bei § 1932 Abs. 1 BGB habe nur eine „untergeordnete Bedeutung“.²⁵⁷ Vielmehr beziehe sich der persönliche Regelungszweck der Norm auf die „persönliche Verbundenheit (der Partner)“ und stelle keine eherechtliche Spezialregelung im Erbrecht dar.²⁵⁸

b) Stellungnahme

Koutsches weist zu Recht daraufhin, dass die praktische Relevanz des § 1932 Abs. 1 BGB gerade bei unverheirateten Paaren im hohen Alter liege.²⁵⁹ Diese würden oft ohne eheliche Verbindung zusammen leben, so dass sie in besonders hohem Maße vom Regelungsbereich des § 1932 Abs. 1 BGB negativ erfasst seien. Jedoch müsse gerade für diese Lebensgefährten eine entsprechende gesetzliche Anwendung in der Form erfolgen, dass diesen die häuslichen Gegenstände des Alltags als Voraus verbleibe. *Koutsches* spricht in diesem Zusammenhang sogar von einer „unerlässlichen“ Regelung, lehnt jedoch im Ergebnis eine Analogie ab, weil es an der „für einen Analogieschluss (erforderli-

²⁵³ *Schmidt*, in: *Juris-PraxisKomm*, § 1932 Rn. 18.

²⁵⁴ *Grziwotz*, S. 330; *Schumacher*, *FamRZ* 1994, 857, 859 u. 863; *Strätz*, *DNotZ* 2001, 452, 457, der „eine dem Voraus des Ehegatten nachgebildete Regelung“ de lege ferenda vorschlägt; vgl. auch *Leipold*, *AcP* 180 (1980), 160, 180 f.

²⁵⁵ *Grziwotz*, S. 330.

²⁵⁶ *Grziwotz*, a.a.O.

²⁵⁷ *Schumacher*, *FamRZ* 1994, 857, 859.

²⁵⁸ *Schumacher*, *FamRZ* 1994, 857, 859.

²⁵⁹ *Koutsches*, *FPR* 2001, 41.

chen) Vergleichbarkeit der erbrechtlichen Stellung der Anspruchsberechtigten“ fehle.²⁶⁰ Dieser Widerspruch in der Argumentation zeigt die Schwierigkeiten des § 1932 Abs. 1 BGB auf. Einerseits besteht ein Bedürfnis nach einer Ausweitung der Regelung auf die nichtehelichen Lebensgefährten. Andererseits spricht der klare Wortlaut dagegen und auch aus systematischen Gründen durch die Verbundenheit mit § 1931 Abs. 1 BGB erscheint eine Analogie nicht vertretbar.

Meines Erachtens muss § 1932 Abs. 1 BGB jedoch bereits heute entsprechend auf nichteheliche Lebensgefährten angewandt werden.²⁶¹ Entgegen der herrschenden Meinung bezieht sich § 1932 Abs. 1 BGB nicht allein auf Ehe und Familie, sondern auch auf die gemeinsame Haushaltsführung, die bei nichtehelichen Lebensgefährten ebenso wie bei Ehegatten vorliegt.²⁶² Es ist nicht nachvollziehbar, wieso man z.B. einer 85-jährigen Frau, die mehrere Jahre mit einem verstorbenen Mann eheähnlich zusammengelebt hat, die Haushaltsgegenstände nicht auch über den Tod des Mannes hinaus überlassen sollte. Die mittlerweile anerkannten Analogien zu §§ 563 Abs. 1 S. 1, 1969 Abs. 1 BGB erlauben eine richterliche Rechtsfortbildung – entgegen der herrschenden Meinung – auch im Rahmen des § 1932 Abs. 1 BGB.

Das nichteheliche Zusammenleben bringt beim Tod des Partners gerade auch finanzielle Nachteile mit sich. So muss der überlebende Lebensgefährte nach den Vorschriften der landesrechtlichen Bestattungsgesetze – z.B. gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 8 ThürBestG – die Bestattung des Verstorbenen besorgen. Insofern bringen die entsprechend anwendbaren eherechtlichen Regelungen dem überlebenden Partner nicht nur Vorteile.

Im Übrigen geht nunmehr auch der Gesetzgeber durch die Neuregelung des „Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende“²⁶³ in

²⁶⁰ *Koutsches*, FPR 2001, 41.

²⁶¹ Ebenso *Hoffmann*, in: *Rotax-FamPrax*, Teil 13, Rn. 147.

²⁶² So auch *Grziwotz*, S. 330; vgl. auch die Zustimmung von *Koutsches*, in: *Hausmann/Hohloch*, S. 543.

²⁶³ BGBl. 2006, 1706; vgl. dazu *Brosius-Gersdorf*, NZV 2007, 410.

§ 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II davon aus, dass die eheähnliche Lebensgemeinschaft eine Bedarfsgemeinschaft darstellt.²⁶⁴ Dann wäre es jedoch widersinnig, die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Verantwortungs- und Fürsorgegemeinschaft anzusehen, dem hinterbliebenen Lebensgefährten jedoch mit dem Tod des anderen noch nicht einmal die Fortführung des bisherigen Haushaltes einzuräumen.

7. Entsprechende Anwendung bei § 116 Abs. 6 SGB X

Ein gesetzlicher Forderungsübergang nach § 116 Absatz 1 SGB X ist gemäß § 116 Abs. 6 SGB X bei vorsätzlichen Schädigungen durch Familienangehörige, die im Zeitpunkt des Schadensereignisses mit dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen in häuslicher Gemeinschaft leben, ausgeschlossen. Eine ähnliche Regelung fand sich auch in § 67 Abs. 2 VVG (a.F.) für den Bereich der Privatversicherten.

Ob unter diesen persönlichen Anwendungsbereich auch nichteheliche Lebensgemeinschaften subsumiert werden können, hatte der Bundesgerichtshof am 01.12.1987²⁶⁵ zu entscheiden. Zunächst wies das Gericht daraufhin, dass der nichteheliche Lebensgefährte kein Familienangehöriger im Sinne des § 116 Abs. 6 SGB X sei.²⁶⁶ Der hinter dieser Vorschrift stehende Zweck sei es, den häuslichen Familienfrieden nicht dadurch zu gefährden, „dass Streitigkeiten über die Verantwortung von Schadenszufügungen gegen Familienangehörige ausgetragen werden“.

Ferner bestünde die Gefahr, dass der Geschädigte selbst in Mitleidenschaft gezogen werde, da die Familienangehörigen regelmäßig eine wirtschaftliche Ein-

²⁶⁴ Diese wird unter anderem ab dem einjährigen Zusammenleben gemäß § 7 Abs. 3a Nr. 1 SGB II oder beim Zusammenleben mit einem gemeinsamen Kind gemäß § 7 Abs. 3a Nr. 2 SGB II vermutet.

²⁶⁵ BGH NJW 1988, 1091.

²⁶⁶ BGH NJW 1988, 1091, 1092.

heit bilden, so dass der Geschädigte im praktischen Ergebnis selbst für den Schaden aufkommen müsste.²⁶⁷ Angesichts dieses Schutzzweckes der Norm sei der Begriff der Familienangehörige nur auf verwandte, verheiratete oder verschwägerte Personen zutreffend.

In einem zweiten Schritt lehnte der Bundesgerichtshof dann auch die Notwendigkeit einer Analogie mit der Begründung ab, dass der Gesetzgeber – im Gegensatz zu anderen sozialrechtlichen Vorschriften – hier gerade keine Erstreckung auf nichteheliche Lebensgefährten gewollt habe.²⁶⁸ Im Verlauf des Entwurfs und der Beratung des Gesetzes im Jahre 1982 war die nichteheliche Lebensgemeinschaft bereits als „soziales Phänomen“ bekannt. Vor diesem Hintergrund habe sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht in den Anwendungsbereich des § 116 Abs. 6 SGB X aufzunehmen. Ferner sei die eheähnliche Lebensgemeinschaft auch schwer greifbar, da es viele unterschiedliche Lebensformen gäbe und die Erstreckung des Familienprivilegs auf nichteheliche Lebensgemeinschaften „in der praktischen Rechtsanwendung zu Unsicherheiten führen würde“.²⁶⁹

Jedoch teilte der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung mit, dass er sich nicht aus „grundsätzlichen Erwägungen“ an einer analogen Anwendung des § 116 Abs. 6 SGB X gehindert sehe, weil insbesondere keine Benachteiligung der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG vorliege.²⁷⁰ Auch in einer Entscheidung zu § 67 Abs. 2 VVG (a.F.) deutete der Bundesgerichtshof an, dass er einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf eheähnliche Lebensgemeinschaften nicht generell abgeneigt sei.²⁷¹

Es bleibt festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof bei seiner Entscheidung zu § 116 Abs. 6 SGB X auch darauf hinwies, dass die verneinte analoge Anwend-

²⁶⁷ BGH NJW 1988, 1091, 1092; vgl. auch *Röthel*, NZV 2001, 329, 331.

²⁶⁸ BGH NJW 1988, 1091, 1092.

²⁶⁹ BGH NJW 1988, 1091, 1093.

²⁷⁰ BGH NJW 1988, 1091, 1092.

²⁷¹ BGH NJW 1980, 1468, 1469 (zum Verhältnis Mann - Pflegekind).

barkeit nicht nur für das Sozialversicherungsrecht, sondern auch für die Privatversicherung und damit für § 67 Abs. 2 VVG (a.F.) gelte.²⁷²

Die vorgenannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs reihen sich in die noch herrschende Meinung des Schrifttums und der Rechtsprechung ein, die aus denselben Gründen eine enge Definition der Familienangehörigen bei § 116 Abs. 6 SGB X vertritt und eine darüber hinausgehende Analogie ablehnt.²⁷³

Demgegenüber geht eine im Vordringen befindliche Auffassung davon aus, dass das Angehörigenprivileg bei § 116 Abs. 6 SGB X und § 67 Abs. 2 VVG (a.F.) auf nichteheliche Lebensgefährten analog anzuwenden ist.²⁷⁴ Der Schutzzweck der Vorschriften sei bei nichtehelichen derselbe wie bei ehelichen Partnerschaften.²⁷⁵ Demnach sollen Personen, die in einem engen tatsächlichen Verhältnis zusammenleben vor gegenseitigen Regressansprüchen bewahrt und der Familienfrieden bzw. innere Frieden zwischen den Partnern gewährleistet werden.²⁷⁶ Dann kann es nicht entscheidend darauf ankommen, dass die Personen ehelich zusammenleben.

Das Landgericht Saarbrücken wies bereits im Jahre 1994 darauf hin, dass der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Analogie die gemeinsame Wirtschaftsführung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sei, die auf eine gewisse Dau-

²⁷² BGH NJW 1988, 1091, 1093.

²⁷³ BGH FamRZ 1988, 392, 394 ff. m. Anm. *Bosch*; OLG Frankfurt a. M. VersR 1997, 561; OLG Schleswig VersR 1979, 669; OLG München NJW-RR 1988, 34, 35; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1443; OLG Köln VersR 1991, 1237; *Heckelmann*, in: Erman, Vor §§ 1353-1362 Rn. 23; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 114 ff.; *Stürner*, JZ 1984, 412, 413; *Becker*, VersR 1985, 201, 206; *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217, 1222.

²⁷⁴ OLG Köln NJW-RR 1991, 670; OLG Hamm NJW-RR 1997, 90; OLG Brandenburg NJW 2002, 1581, 1582; LG Saarbrücken VersR 1995, 158; LG Potsdam VersR 1997, 93; AG München FamRZ 1982, 65; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 25; *Löhnig*, in: Staudinger: Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 254; *Grziwotz*, FamRZ 2003, 1417, 1420; *Knoche*, S. 170, 180; *Röthel*, NZV 2001, 329, 331; *Jahnke*, NZV 1995, 377, 378; *Jahnke*, MDR 2005, 668, 669; zuletzt nochmals befürwortend *Jahnke*, NZV 2008, 57, 63 ff.; *Oehlmann/Stille*, FPR 2003, 457, 460; *Grziwotz*, S. 206 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 43 II Rn. 8; *Künnel*, VersR 1983, 223, 226; BGH NJW 1988, 1091, 1093 m. Anm. *Striewe*; *Kothe*, NZV 1991, 89, 93ff.; zustimmend wohl auch *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 14;

²⁷⁵ *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 114 ff.

²⁷⁶ So LG München NJW-RR 1988, 34 und OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1418, 1419; *Künnel*, VersR 1983, 223, 226.

er angelegt sein müsse.²⁷⁷ Das Vorliegen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lasse sich nach Auffassung des Landgerichts – entgegen kritischer Gegenbehauptungen – „durch Indizien (langfristige Anschaffungen, Art und Dauer des bisherigen Zusammenlebens) ohne größere Schwierigkeiten bestimmen“.²⁷⁸ Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft sei auch ein „hinreichend konkretisierbares Korrektiv“.²⁷⁹

Durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23.11.2007²⁸⁰ wurde nunmehr in § 86 Abs. 3 VVG auch der nichtehelich mit dem Versicherungsnehmer zusammenlebende Lebensgefährte ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des gesetzlichen Forderungsüberganges nach § 86 Abs. 1 VVG ausgenommen.

Eine entsprechende Angleichung des § 106 Abs. 6 SGB X sollte folgen.²⁸¹ Die beiden versicherungsrechtlichen Vorschriften sind „Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes und von daher inhaltlich identisch auszulegen“.²⁸² Ansonsten drohen unangemessene Nachteile für Versicherungsnehmer, die eine häusliche Gemeinschaft mit ihrem nichtehelichen Lebensgefährten führen und Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung sind.

II. Ausscheiden einer analogen Anwendung

Hinsichtlich gewisser Vorschriften des bürgerlichen Rechts scheidet jedoch eine analoge Anwendung aus. Dort besteht in aller Regel kein Raum für eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften, entweder weil es sich nach Sinn und Zweck der Regelung um ehespezifisches Sonderrecht handelt oder aber weil keine planwidrige Gesetzeslücke vorhanden ist. Im

²⁷⁷ LG Saarbrücken VersR 1995, 158, 159 mit Verweis auf BGH VersR 1980, 644, 645.

²⁷⁸ LG Saarbrücken VersR 1995, 158, 159

²⁷⁹ BGH NJW 1988, 1091, 1093 m. Anm. *Striewe*; vgl. auch *Röthel*, NZV 2001, 329, 331.

²⁸⁰ BGBl. 2007, 2631.

²⁸¹ *Jahnke*, NZV 2008, 57, 65 ff.

²⁸² *Jahnke*, NZV 2008, 57, 66.

Folgendes wird auf § 1357 Abs. 1 BGB, § 1361b Abs. 1 BGB, § 1931 Abs. 1 BGB und § 844 Abs. 2 BGB eingegangen.

1. Keine analoge Anwendung bei § 1357 Abs. 1 BGB

Zur Deckung des täglichen Bedarfs ist jeder Ehegatte gemäß § 1357 Abs. 1 BGB berechtigt, Geschäfte für den anderen Ehegatten zu besorgen.

a) Meinungsstreit

Einer teilweise vertretenen Auffassung im Schrifttum zufolge, sei auch bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften die Schlüsselgewalt nach § 1357 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar.²⁸³ Dies wird insbesondere mit dem vergleichbaren Schutzinteresse des Gläubigers begründet, für den bei partnerschaftlichem Auftreten nicht erkennbar sei, ob es sich um ein ehelich verbundenes Paar handle oder nicht.²⁸⁴ Der Gläubigerschutz stehe im Vordergrund, weshalb der tatsächlich geringe Unterschied zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft dahinter zurücktrete.²⁸⁵

Nach herrschender Auffassung ist § 1357 Abs. 1 BGB nicht analog auf nicht-eheliche Lebensgemeinschaften anwendbar.²⁸⁶ Die so genannte „Schlüsselgewalt“ soll nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift den haushaltsführenden

²⁸³ Bosch, FamRZ 1997, 65, 67 (Fn. 25); Derleder, FuR, 1990, 104, 106; Neumann, S. 64 ff.; zustimmend wohl auch Harke, FamRZ 2006, 88.

²⁸⁴ Weimar, MDR 1977, 464, 466;

²⁸⁵ Neumann, S. 65 ff.

²⁸⁶ OLG Hamm FamRZ 1989, 616, 617; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 1357 Rn. 9, 11, Nach § 1302 Rn. 23; Hübner, in: Staudinger, § 1357 Rn. 19, 25; Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 Rn. 48; Roth-Stielow, in: RGRK, § 1357 Rn. 15; Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 20; Grandel, in: Juris-PraxisKomm, § 1357 Rn. 4; Heckelmann, in: Erman, § 1357 Rn. 8; Kemper, in: HandKomm-BGB, § 1357 Rn. 5; Holzhauer, in: Hausmann/Hohloch, S. 324; Schwab, Rn. 849.; Käßler, AcP 179 (1979), 245, 286.

Ehegatten ermächtigen, wirksame Rechtsgeschäfte, die zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs dienen, auch für den anderen Ehegatten abschließen zu können.²⁸⁷ Es handelt sich dann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1357 Abs. 1 BGB um eine Gesamtschuldner- bzw. Gesamtgläubigerstellung nach §§ 421, 428 BGB.²⁸⁸ Dabei soll § 1357 Abs. 1 BGB vorrangig dem Schutz des Rechtsverkehrs dienen.²⁸⁹

b) Stellungnahme

Richtigerweise bedarf es bei eheähnlich zusammenlebenden Partnern also immer einer Vollmachtserteilung zur wirksamen Verpflichtung des anderen.²⁹⁰

Das weitere Argument²⁹¹ der herrschenden Meinung, dass die Nachteile der ehelichen Haftungsgemeinschaft durch das Unterhaltsrecht und die güterrechtliche Anteilnahme – im Gegensatz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft – weitgehend ausgeglichen wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Die Schlüsselgewalt beruht zu einem wesentlichen Teil auf dem eherechtlichen Unterhaltsgefüge, das bei nichtehelichen Partnerschaften dem Grunde nach fehlt.²⁹²

Im Übrigen ist der Gläubiger im Falle des Vorliegens einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft über die allgemeinen Institute der Anscheins- und Duldungsvollmacht ausreichend geschützt.²⁹³

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass es sich bei § 1357 Abs. 1 BGB

²⁸⁷ Brudermüller, in: Palandt, § 1357 Rn. 1; Hübner, in: Staudinger, § 1357 Rn. 8; Schlüter, Rn. 86; vgl. auch Brudermüller, NJW 2004, 2265, 2266.

²⁸⁸ Burandt, in: Hoppenz, § 1357 Rn. 1; Schlüter, Rn. 89; Lüderitz/Dethloff, § 4 Rn. 67; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 19 IV Rn. 62, 64; Rolland, § 1357 Rn. 4.

²⁸⁹ BT-Drucks. 7/650, 98 f.; vgl. dazu auch Lange, in: Soergel, § 1357 Rn. 2.

²⁹⁰ Brudermüller, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 25.

²⁹¹ So Käßler, AcP 179 (1979), 245, 286.

²⁹² Hübner, in: Staudinger, § 1357 Rn. 25; krit. insgesamt dazu Holzhauser, JZ 1977, 729, 731 mit dem Hinweis, dass der Ehemann unterhaltsrechtlich „seiner Frau einen Pelzmantel schulden mag, er aber über § 1357 Abs. 1 BGB auch einen dritten und vierten zahlen müsste“.

²⁹³ So auch Holzhauser, in: Hausmann/Hohloch, S. 438; Wacke, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 23; Roth-Stielow, JR 1978, 233, 234.

um eine absolute Ausnahmeregelung für eheliche Verhältnisse handelt, die auch deshalb nicht analogiefähig ist. Die ansonsten dem deutschen Zivilrecht fremde Verpflichtungsermächtigung ist jedoch durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 03.10.1989 als verfassungskonform angesehen worden.²⁹⁴

2. Keine analoge Anwendung bei § 1361b Abs. 1 BGB

Nach § 1361b Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Ehegatte verlangen, dass ihm der andere die Ehewohnung zur alleinigen Benutzung überlasst, soweit dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte unter Berücksichtigung der gegenseitigen Belange notwendig ist. Auch hier stellt sich die Frage, ob nicht dem Lebensgefährten einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Nutzungsanspruch der Wohnung gegenüber dem anderen bei Getrenntleben zusteht.

a) Meinungsstreit

Die krasse Mindermeinung will die entsprechende Anwendung des § 1361b Abs. 1 S. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zulassen.²⁹⁵ Das LG München begründet dies mit der „Gleichheit der Interessenlage, die Frage nach der Zumutbarkeit weiteren Zusammenlebens auf engem Raum, obwohl die persönlichen Beziehungen gescheitert sind“.²⁹⁶ Eine analoge Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften verstoße auch nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG, da „vorbildliche Regelungen des Eherechts im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Interessenlage in Bereiche außerhalb des Eherechts übernommen werden

²⁹⁴ BVerfG NJW 1990, 175.

²⁹⁵ LG München I NJW-RR 1991, 834; *Schreiber*, Rn. 416 ff.; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 115, ist für ein Wohnungszuweisungsverfahren de lege ferenda.

²⁹⁶ LG München I NJW-RR 1991, 834; ebenso *Grziwotz*, S. 117, der als Unzumutbarkeitsgrund im Rahmen des § 1361b Abs. 1 BGB den „Alkoholmissbrauch“ nennt.

(können)“.²⁹⁷ Der Sinn des § 1361b Abs. 1 BGB bestehe darin, „schwere Härten zu vermeiden bzw. durch einen Abbau unerträglicher Spannungen zu einer Aussöhnung der Partner beizutragen“.²⁹⁸

Die deutlich herrschende Meinung verneint jedoch eine analoge Anwendbarkeit des § 1361b Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft.²⁹⁹ Der Schutzzweck der Norm umfasse den Zeitraum des Getrenntlebens der beiden Ehegatten voneinander. Hierbei soll die Wohnungszuweisung nach § 1361b Abs. 1 BGB eine lediglich „vorläufige Entscheidung“ im Rahmen des Getrenntlebens darstellen, ehe eine abschließende Regelung nach den Vorschriften der Hausratsverordnung bezüglich Ehwohnung, Wohnungseinrichtung und Haushaltsgegenständen ergehe.³⁰⁰ Es bestehe keine vergleichbare Interessenlage bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften, da diese jederzeit ohne Einhaltung eines Trennungsjahres im Sinne von § 1566 Abs. 1 BGB beendet werden könne.³⁰¹

Letztlich bleibt im Rahmen der Wohnungszuweisung nur die Möglichkeit bei Gewaltanwendungen innerhalb der nichtehelichen Partnerschaft eine Anordnung nach §§ 1, 2 GewSchG zu treffen.³⁰² Das Gewaltschutzgesetz stellt jedoch, wie *Brudermüller* zutreffend darstellt, einen ausreichenden und effektiven Schutz vor häuslicher Gewalt dar.³⁰³

²⁹⁷ LG München I NJW-RR 1991, 834.

²⁹⁸ *Schreiber*, Rn. 416 ff.

²⁹⁹ *Brudermüller*, in: Palandt, § 1361b Rn. 5; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1361b Rn. 3, Nach § 1302 Rn. 37, 45; *Friederici*, in: Juris-PraxisKomm, § 1361b Rn. 3; *Weinreich*, in: Weinreich/Klein, § 1361b Rn. 7; *Brudermüller*, in: Johannsen/Henrich, § 1361b Rn. 4; *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 120; *Brudermüller*, FamRZ 1994, 207, 213; *Schwab*, Rn. 845; *Finger*, JZ 1981, 497, 509; *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217, 1219; vgl. auch *Hübner*, in: Staudinger, § 1361b Rn. 4, der allenfalls aus Billigkeitserwägungen im Einzelfall § 242 BGB zulassen will.

³⁰⁰ *Hübner*, in: Staudinger, § 1361b Rn. 4.

³⁰¹ *Brudermüller*, FamRZ 1994, 207, 213; ebenso auch *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 861.

³⁰² *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 236; vgl. auch *Schwenzer*, Model Family Code, S. 87.

³⁰³ *Brudermüller*, WuM 2003, 250, 254.

(1) Entsprechende Anwendung der Hausratsverordnung

Man könnte noch über eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hausratsverordnung nachdenken.

(2) Meinungsstreit

Eine teilweise in der Literatur vertretene Ansicht will die Regelungen der Hausratsverordnung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft analog anwenden.³⁰⁴ Die Beendigung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft könne interessensgerechter über die Regelungen der Hausratsverordnung als über den Vermögensgleichgewicht gelöst werden.³⁰⁵

Das Verfahren nach der Hausratsverordnung sei erst Recht für scheiternde (nichteheliche) Beziehungen anwendbar, wenn es bereits bei Ehepaaren erfolgsversprechend ist.³⁰⁶ Bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wäre nicht § 1361b Abs. 1 BGB sondern §§ 3 bis 7 HausrVO maßgeblich, da eine endgültige Aufhebung der Lebensgemeinschaft vorliege und diese „Trennung“ auch der Sache nach einer Scheidung gleich stünde.³⁰⁷ „Unbefriedigend“ sei die Konstellation, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, dem Mieter oder Eigentümer der Wohnung jedoch ein grundsätzliches Recht zustehen würde, die Lebensgefährtin und die Kinder aus der Wohnung „hinauszuweisen“. ³⁰⁸

Teilweise wird eine Analogie der Vorschriften über die Hausratsverordnung auf

³⁰⁴ *Struck*, ZRP 1983, 215, 219; *Rogalski*, AnwBl 1983, 358, 368; *Theimer*, ZRP 1995, 266, 268; *Coester*, FamRZ 1993, 249, 253; *Schreiber*, Rn. 487; vgl. auch *Finger*, JZ 1981, 497, 498; *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 862; vgl. auch *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 115, der sich für eine Regelung de lege ferenda ausspricht; wohl auch *Sandweg*, BWNotZ 1990, 49, 57; vgl. auch den Beschluss I. 8. des 57. Deutschen Juristentages, NJW 1988, 2998 (mit 80 zu 38 Stimmen angenommen bei 6 Enthaltungen).

³⁰⁵ *Struck*, ZRP 1983, 215, 219.

³⁰⁶ *Struck*, a.a.O.

³⁰⁷ *Coester*, FamRZ 1993, 249, 253.

³⁰⁸ *Coester*, a.a.O.

die eheähnliche Lebensgemeinschaft gefordert.³⁰⁹ Es sei ein „Unding“, dass es für nichteheliche Lebensgefährten keine gesetzlichen Regelungen gäbe, wie die widerstreitenden Interessen in Bezug auf eine gemeinsam genutzte Wohnung in angemessenen Ausklang zu bringen seien.³¹⁰ Das „geltende Faustrecht des Stärkeren, der den Schwächeren zum Rückzug und damit zum Verzicht drängt, (sollte) beseitigt (werden)“. ³¹¹ Eine Analogie wird auch dann für erforderlich gehalten, wenn keine gemeinsamen Kinder vorhanden sind.³¹² Entscheidend sei, dass es sich bei den richterlichen Anordnung nach § 2 HausrVO um „Billigkeitsentscheidungen handelt, bei denen sich berücksichtigen ließe, ob und inwieweit die Interessenlage der Partner mit der Interessenlage geschiedener Ehegatten vergleichbar ist“. ³¹³

Auch der 8. Deutsche Familiengerichtstag empfahl bereits im Jahre 1989, „bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft [...] eine entsprechende Anwendung der Hausratsverordnung für Wohnungszuweisung und Hausraterteilung (zuzulassen)“. ³¹⁴

Die herrschende Auffassung geht jedoch richtigerweise davon aus, dass auch hier eine Analogie zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft abgelehnt werden muss.³¹⁵ Als Hauptargument wird vorgebracht, eine Anwendung der Hausratsverordnung sei deshalb ausgeschlossen, weil die nichtehelichen Lebenspartner einander auch nicht unterhaltspflichtig seien.³¹⁶ Somit müsse die Analogie insgesamt abgelehnt werden, wobei eine entsprechende Anwendung nur einzelner Vorschriften der Hausratsverordnung sich gerade deshalb verbiete, weil das

³⁰⁹ *Schreiber*, Rn. 487; in diese Richtung auch *v. Münch*, ZRP 1988, 327, 329.

³¹⁰ *Finger*, JZ 1981, 497, 498.

³¹¹ *Finger*, JZ 1981, 497, 498 m.H. auf einen Fall aus der Praxis in Fn. 16.

³¹² *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 862.

³¹³ *Schumacher*, a.a.O.

³¹⁴ Abgedruckt in: FamRZ 1990, 24, 27.

³¹⁵ *Brudermüller*, in: Palandt, Einf. zu HausrVO Rn. 5; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 37; *Müller*, in: Hoppenz, Einf. zu HausrVO Rn. 4; *Weinreich*, in: Staudinger, Einl. zur HausrVO Rn. 10; *Brudermüller*, in: Johannsen/Henrich, Vor § 1 HausrVO Rn. 9; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 44 Rn. 19; *Schwab*, Rn. 850; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1021; *Scholz*, NJW 1980, 1070, 1072; wohl auch *Schüren*, JZ 1989, 358; vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 2005, 1168.

³¹⁶ Vgl. *Brudermüller*, FamRZ 1994, 207, 215.

Gesetz insgesamt aus vielen aufeinander abgestimmten Regelungen bestehe und in seinem Gesamtcharakter das Ziel verfolge, eine angemessene Aufteilung der Ehewohnung, Einrichtungs- und Haushaltsgegenstände zu erzielen. Dabei stehe die Zweckmäßigkeit zukünftiger Vermögenszuordnung im Vordergrund, während eine gerechte Vermögensteilung bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach dem Sinn und Zweck der Hausratsverordnung gerade nicht zu erreichen sei.³¹⁷

Das Oberlandesgericht Hamm hat in einer neueren Entscheidung vom 11.04.2005 die Analogieanwendung der Vorschriften der Hausratsverordnung abgelehnt.³¹⁸ Hierbei sei insbesondere an der Einschränkung in § 12 HausrVO zu erkennen, dass das Gesetz insgesamt nur auf eheliche Lebensgemeinschaften anwendbar sei.³¹⁹ Ein entscheidender Aspekt betrifft die Frage der Vereinbarkeit einer Analogie mit Art. 14 GG, der die Rechte des Vermieters schützen soll. Das Oberlandesgericht urteilte hierzu, dass eine Analogie zu Gunsten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in das Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 GG eingreife und es deshalb einer gesetzlichen Regelung bedürfe, so dass eine richterrechtliche Analogiebildung insofern ausscheide.³²⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 12.05.2006 darauf hingewiesen, dass die Hausratsverordnung dem Schutz der Familie, insbesondere dem „Wohl der Kinder und zum Schutz des familiären Gemeinschaftslebens“, diene.³²¹

(3) Stellungnahme

Eine analoge Anwendbarkeit der Hausratsverordnung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft scheidet aus. Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, in Anleh-

³¹⁷ Lieb, Gutachten A, S. 77.

³¹⁸ OLG Hamm NJW-RR 2005, 1168.

³¹⁹ OLG Hamm NJW-RR 2005, 1168, 1169.

³²⁰ OLG Hamm NJW-RR 2005, 1168, 1169.

³²¹ BVerfG FamRZ 2006, 1596.

nung an § 1 HausrVO, spezielle Abwicklungsregelungen für die Zeit nach der Ehescheidung zu treffen. Diese fügen sich in den Gesamtkontext zu den eherechtlichen Unterhaltsverpflichtungen ein. Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft bestehen jedoch *de lege lata* noch keine Unterhaltsansprüche, so dass die Anwendung der Hausratsverordnung systematisch unpassend ist.

Mit *Brudermüller* ist jedoch eine gesetzliche Regelung bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft *de lege ferenda* zu fordern, insbesondere mit dem zutreffenden Hinweis, dass hierfür ein Bedürfnis bestehe, „wenn im gemeinsamen Haushalt ein Kind lebt“.³²² Auch *Lieb* spricht sich für die Schaffung einer selbstständigen Verteilungsregelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften aus.³²³

Zu einer gesetzlichen Regelung der vergleichbaren Sachverhalte bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist für die Hausratsverordnung noch kein Gesetzesvorhaben in Sichtweite.

b) Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist wegen des speziell auf die Ehe zugeschnittenen Charakters des § 1361b Abs. 1 BGB beizupflichten. Innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft soll kein genereller Anspruch auf Wohnungsüberlassung begründet werden.

Vielmehr wird bei Vorliegen von Gewalteinwirkungen des anderen Lebensgefährten auf die allgemeinen Schutzansprüche des Gewaltschutzgesetzes zurückgegriffen. Danach steht dem Lebensgefährten insbesondere nach § 2 Abs. 1 GewSchG ein Nutzungsanspruch hinsichtlich der Wohnung zu, wenn die verletzte Person im Zeitpunkt der Tat nach § 1 Abs. 1 GewSchG mit dem

³²² *Brudermüller*, in: Johannsen/Henrich, Vor § 1 HausrVO Rn. 10; vgl. auch *Brudermüller*, FamRZ 1995, 1402, 1403, wonach eine Regelung wünschenswert sei, die auch die Situation „der Auflösung nichtehelicher Gemeinschaften mit Kindern“ umfasse.

³²³ *Lieb*, Gutachten A, S. 77.

Täter einen auf Dauer angelegten Haushalt geführt hat.³²⁴ Die Vorschrift des § 1361b Abs. 1 BGB ist vielmehr speziell für getrennt lebende Ehegatten konzipiert und zielt auf eine vorläufige Wohnungszuweisung zur Vermeidung einer unbilligen Härte ab. Nach der Ehescheidung finden dann die Vorschriften der Hausratsverordnung Anwendung.

So sehr eine entsprechende Regelungsanwendung von § 1361b Abs. 1 BGB oder §§ 1, 2 HausrVO im Ergebnis wünschenswert ist, liegt die Situation bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft jedoch anders als bei einer vorläufigen Trennung bzw. späteren Scheidung bei Ehegatten. Dagegen spricht vor allem der bereits oben erwähnte § 12 HausrVO, der die Gesetzessystematik und den Regelungszweck der Wohnungszuweisung abrundet. Hierbei wird deutlich, dass ein Dritter – im Falle des § 12 HausrVO regelmäßig der Vermieter – spätestens ein Jahr nach der Scheidung Klarheit über die Wohnverhältnisse haben soll. Demnach ist ein Antrag auf Auseinandersetzung über die Ehewohnung, der später als ein Jahr nach rechtskräftiger Ehescheidung gestellt wird, für die Rechte des Dritten dann unerheblich, wenn dieser mit einer beabsichtigten Regelung nicht einverstanden ist. *Weinreich* gibt hierzu den zutreffenden gesetzlichen Grundsatz wieder, dass „nach Ablauf der Jahresfrist (nicht mehr) in die Rechte Dritter ohne oder gegen deren Willen [...] eingegriffen werden darf“.³²⁵ Folglich ergibt sich, dass die speziellen Regelungen der Hausratsverordnung und insbesondere der Wohnungszuweisung dann nicht mehr als vorrangig gegenüber den Rechten Dritter anzusehen sind, wenn bereits ein längerer Zeitraum nach der Ehescheidung vergangen ist.

Eine dem § 12 HausrVO entsprechende Vorschrift findet sich bei § 1361b BGB nicht. Der Gesetzgeber hat daher eine eindeutige chronologische und in sich schlüssige Regelungsabfolge getroffen, die speziell auf die Abwicklung ehelicher Verhältnisse angelegt ist.

Da es bei nichtehelichen Lebenspartnern jedoch keines Getrenntlebens im Sin-

³²⁴ Vgl. *Brudermüller*, in: Palandt, § 2 GewSchG Rn. 2, 3.

³²⁵ *Weinreich*, in: Staudinger, § 12 HausrVO Rn. 3.

ne von §§ 1566, 1567 BGB zur Beendigung der gemeinsamen Partnerschaft bedarf, sondern die Gemeinschaft jederzeit durch einseitige Erklärung aufgelöst werden kann, müssen andere Regelungssysteme für die Wohnungs- und Hausratszuweisung bei eheähnlichen Lebensverhältnissen herangezogen werden.

3. Keine analoge Anwendung bei § 1931 Abs. 1 BGB

Nachdem oben bereits die entsprechende Anwendbarkeit des § 1932 Abs. 1 BGB umfassend dargestellt worden ist, bedarf es nunmehr einer genaueren Betrachtung der gesetzlichen Erbfolge bei Ehegatten gemäß § 1931 Abs. 1 BGB.

a) Meinungsstreit

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1931 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ist ebenso umstritten wie die des § 1932 Abs. 1 BGB.

Nach Meinung von *Leipold* und *Stein* ist das gesetzliche Erbrecht gemäß § 1931 Abs. 1 BGB *de lege ferenda* auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu erstrecken.³²⁶ Bei Härtefällen wird eine in das richterliche Ermessen gestellte Regelung gefordert.³²⁷ Es sei ungerecht, wenn ansonsten bloß entfernte Verwandte oder der Fiskus erben würde. Vereinzelt wird auch eine abstrakte erbrechtliche Regelung für nichteheliche Lebensgefährten befürwortet.³²⁸

Demgegenüber geht die allgemeine Meinung³²⁹ davon aus, dass § 1931 BGB nicht analog auf die nichtehelichen Lebenspartner angewendet werden kann.³³⁰

³²⁶ *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 180 f.; *Stein*, in: Soergel, § 1931 Rn. 16.

³²⁷ *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 180 f.

³²⁸ *Stein*, in: Soergel, § 1931 Rn. 16.

³²⁹ *Edenhofer*, in: Palandt, § 1931 Rn. 1, der insoweit von der allgemeinen Meinung spricht.

³³⁰ OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050; OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; OLG Celle FamRZ 1982, 63; *Leipold*, in: MünchKomm-BGB, § 1931 Rn. 6; *Stürner*, in: Jauernig, § 1931 Rn. 1;

Bei §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB handele es sich um spezifische eherechtliche Vorschriften, die das Bestehen einer Ehe voraussetzen würden und daher keinen Raum für eine Analogie zuließen.³³¹ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft sei keine vergleichbare Partnerschaft, sondern stelle ein Aliud zur Ehe dar.³³²

Das Oberlandesgericht Saarbrücken lehnt in seiner Entscheidung vom 18.05.1979 eine Analogie mit Hinweis auf frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 1958 und 1972 ferner deshalb ab, weil diese „einen Verstoß gegen Art. 6 I GG (darstellen würde), wonach eben nur Ehe und Familie unter besonderen staatlichen Schutz gestellt sind, wobei das geltende Familienrecht doch zumindest mit als eine Ausprägung dieses Grundsatzes zu betrachten ist“.³³³

Im konkreten Fall hatten die Richter auch keinen gesellschaftsrechtlichen Anspruch gemäß §§ 705, 730 ff. BGB angenommen, weil „ein ganz besonderer gemeinschaftlicher Zweck zwischen ihr und ihrem früheren Partner nicht - auch nicht stillschweigend - vereinbart worden (war)“.³³⁴

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 10.04.1979 das Vorliegen einer Innengesellschaft ebenfalls für den Fall abgelehnt, dass die Lebensgefährten lediglich „einen gemeinsamen Haushalt führen und intime Beziehungen unterhalten“.³³⁵

Im Anschluss an die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Saarbrücken und

Tschichoflos, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1931 Rn. 1; *Schlüter*, in: Erman, § 1931 Rn. 11; *Hoeren*, in: HandKomm-BGB, § 1931 Rn. 3; *Roth-Stielow*, RGRK, Vor § 1353 Rn. 31; *Otte*, in: Staudinger, Einl. zu § 1922 Rn. 97; *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 154; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 123; *Koutsches*, in: Hausmann/Hohloch, S. 542; *Roth-Stielow*, JR 1978, 233; *Grziwotz*, ZEV 1994, 267; *Goetz*, S. 118; *Schreiber*, S. 157; *Grziwotz*, S. 329; *de Witt/Huffmann*, Rn. 300.

³³¹ Vgl. OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050.

³³² *Koutsches*, FPR 2001, 41; OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050.

³³³ OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050.

³³⁴ OLG Saarbrücken a.a.O.

³³⁵ OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509; OLG Hamm NJW 1980, 1530; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 253; OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; vgl. auch *Stürmer*, in: Jauernig, § 705 Rn. 15 und *Sprau*, in: Palandt, § 705 Rn. 46.

Düsseldorf befasste sich auch das Oberlandesgericht Frankfurt mit der Analogieanwendung des § 1931 Abs. 1 BGB. Hierbei wies es zur Ablehnung der Analogie darauf hin, „dass die (Regelung des § 1931 Abs. 1 BGB) die natürliche Konsequenz der von den Partnern einer Ehe eingegangenen personen- und vermögensrechtlichen Bindung ist, welche bei einer jederzeit aufhebbarer eheähnlichen Lebensgemeinschaft völlig fehlt“.³³⁶

Die Literatur lehnt eine generelle Analogie aus Gründen der Rechtssicherheit ab, weil die eheähnliche Lebensgemeinschaft kein vereinheitlichtes sondern ein „sehr heterogenes“ Subjekt sei.³³⁷ Überdies bestehe keine unbeabsichtigte Regelungslücke.³³⁸ Die Partner hätten sich bewusst gegen eine Ehe entschieden.³³⁹ Die damit verbundenen Rechtsfolgen und der grundrechtliche Schutz gemäß Art. 6 Abs. 1 GG komme ihnen daher nicht zu Gute.

b) Stellungnahme

Dass ein gewisses Bedürfnis für eine an § 1931 Abs. 1 BGB angelehnte Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften besteht, ist nicht von der Hand zu weisen. Vielfach wird ein diesbezügliches gesetzliches Erbrecht auch gefordert³⁴⁰ oder zumindest als wünschenswert³⁴¹ angesehen.

Eine analoge Anwendung des gesetzlichen Erbrechts auf nichteheliche Lebensgemeinschaften würde jedoch *de lege lata* zu weit gehen. Während bei § 1932 Abs. 1 BGB die Grundlage für eine Rechtsfortbildung besteht, bedarf es zur grundlegenden Einbeziehung der nichtehelichen Lebenspartner im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts einer Entscheidung des Gesetzgebers.

³³⁶ OLG Frankfurt NJW 1982, 1885.

³³⁷ Schlüter, in: Erman, § 1931 Rn. 11.

³³⁸ Leipold, in: MünchKomm-BGB, § 1931 Rn. 6.

³³⁹ Hoeren, in: HandKomm-BGB, § 1931 Rn. 3.

³⁴⁰ Strätz, DNotZ 2001, 452, 457; Strätz, FamRZ 1998, 1553, 1564.

³⁴¹ Vgl. Goetz, FamRZ 1985, 987, 990 f.

4. Keine Erstreckung des § 844 Abs. 2 BGB auf nichteheliche Lebensgefährten

Auch im Rahmen des Deliktsrechts stellt sich bei § 844 Abs. 2 BGB die Frage der Erstreckung des Anwendungsbereiches auf nichteheliche Lebensgefährten. Während nach dem eindeutigen Wortlaut des § 844 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsschadens nur bei gesetzlichen Unterhaltsbeziehungen bestehen soll, könnte eine Ausweitung auf vertragliche und so genannte faktische Unterhaltsleistungen in Betracht kommen.

a) Meinungsstand

Eine Erstreckung des § 844 Abs. 2 BGB auf so genannte „faktische Unterhaltsbeziehungen“ zwischen nichtehelichen Lebensgefährten wird von einer teilweise vertretenen Auffassung befürwortet.³⁴² Der hinterbliebene Lebensgefährte stehe dem Ehegatten nach in nichts nach, weshalb ihm daher nach Sinn und Zweck des § 844 Abs. 2 BGB ein entsprechender Schadensersatzanspruch auch bei nur faktischer Unterhaltspflicht zustehen müsse.³⁴³ In einem vom Amtsgericht Säckingen am 26.04.1996 entschiedenen Fall hatte der Mann wegen Verletzung seiner Lebensgefährtin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von ca. 1.300 Euro gegen den Schädiger geltend gemacht.³⁴⁴ Das Gericht bejahte den Anspruch ausdrücklich für die vorgelegene nichteheliche Lebensgemeinschaft, da „in Anbetracht der statistischen Häufigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften [...] deren Ungleichbehandlung gegenüber einer ehelichen Lebensgemeinschaft nur dort noch gerechtfertigt (ist), wo gerade das Fehlen des ehelichen Bandes die Vergleichssachverhalte entscheidend prägt“. ³⁴⁵ Demnach bestehe auch bei einer nichtehelichen Partnerschaft eine Unterhaltspflicht,

³⁴² AG Säckingen FamRZ 1997, 293; *Becker*, MDR 1977, 705, 707.

³⁴³ *Becker*, MDR 1977, 705, 707 f.

³⁴⁴ AG Säckingen FamRZ 1997, 293.

³⁴⁵ AG Säckingen FamRZ 1997, 293, 294.

wobei die hierfür maßgebliche Rechtsgrundlage der „stillschweigend geschlossene Vertrag“ zwischen den Lebensgefährten darstelle. Die Vereinbarung habe konkret den Inhalt, „daß jeder Partner gegenüber dem anderen die Verpflichtung übernimmt, die bisher im Rahmen der Arbeitsaufteilung übernommenen Aufgaben weiterzuführen“.³⁴⁶ Auf eine interessante Wertung geht das Amtsgericht dann noch am Ende seiner Begründung ein. Dass die Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften gerade im vorgelegten Fall notwendig gewesen sei, zeige sich im Nachhinein daran, dass die Partner mittlerweile die Ehe eingegangen seien, was für die „Stabilität“ ihrer zuvorigen nichtehelichen Lebensgemeinschaft spreche.

Demgegenüber soll der Schadensersatzanspruch nach der herrschenden Meinung nur dann eingreifen, wenn der Getötete dem Anspruchsteller „kraft Gesetzes“ unterhaltspflichtig war.³⁴⁷ Eine Analogie auf faktisch begründete Unterhaltsansprüche im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft müsse deshalb ausscheiden, weil die klare gesetzgeberische Intention entgegenstehe.³⁴⁸ Der Gesetzgeber habe bewusst nur die gesetzlichen Unterhaltsbeziehungen erwähnt, weil er eine rein tatsächliche Fürsorge nicht von § 844 Abs. 2 BGB erfasst haben wollte.³⁴⁹ Insofern handele es sich um eine Ausnahmевorschrift, die nicht analogiefähig sei.³⁵⁰

Insofern ist nach herrschender Ansicht § 1615I BGB der einzige im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehende Fall, der dem Anspruch nach § 844 Abs. 2 BGB unterliegt.

³⁴⁶ AG Säckingen, a.a.O.

³⁴⁷ OLG Frankfurt FamRZ 1984, 790; KG Berlin NJW 1967, 1089; *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 26; *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, § 844 Rn. 25; *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 844 Rn. 7; *Boujong*, in: RGRK, 12. Auflage, 1989, § 844 Rn. 24; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 134 f.; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1025; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 43 II Rn. 10-12; *Grziwotz*, S. 174; *Röthel*, NZV 2001, 329, 330.

³⁴⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1984, 790.

³⁴⁹ *Röthel*, NZV 2001, 329, 330 m.H. auf OLG Frankfurt FamRZ 1984, 790.

³⁵⁰ KG Berlin NJW 1967, 1089, 1090.

b) Stellungnahme

Auch hier würde eine Analogie *de lege lata* meines Erachtens zu weit gehen. Wenn zwischen den nichtehelichen Lebensgefährten schon keine gesetzlichen Unterhaltsregelungen greifen, dann kann bei § 844 Abs. 2 BGB auch nicht die Hintertür zur Zulassung faktischer Unterhaltsbeziehungen geöffnet werden.

Jedoch ist *de lege ferenda* eine Neufassung des § 844 Abs. 2 BGB wünschenswert.³⁵¹ Demnach sollten sowohl vertragliche wie auch faktische Unterhaltsleistungen in den Anwendungsbereich des § 844 Abs. 2 BGB aufgenommen werden.

Gleiches gilt im Übrigen auch für den Anwendungsbereich der §§ 845 S. 1 BGB, 10 Abs. 2 StVG.

III. Sonstige mit der Ehe vergleichbare Fälle

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft kommt auch unmittelbar in eherechtlichen Regelungen – wie etwa dem § 1579 Nr. 2 BGB – zur Geltung. Ebenso gibt es Gerichtsentscheidungen die speziell für eheliche Partnerschaften oder familiäre Verhältnisse getroffen wurden, bei denen eheähnliche Lebensgemeinschaften jedoch entsprechend behandelt werden.

1. Unterhaltsrecht

Im Rahmen des Unterhaltsrechts muss zunächst eine grundlegende Unterscheidung getroffen werden. Dies betrifft zum einen die Frage der Unterhaltsverpflichtung zwischen Lebensgefährten nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Zum anderen kann sich das Bestehen einer nichteheli-

³⁵¹ Vgl. auch *Röthel*, NZV 2001, 329, 335.

chen Lebensgemeinschaft im nachehelichen Zeitraum auch negativ auf etwaige Unterhaltsansprüche des bedürftigen geschiedenen Ehegatten auswirken.

a) Unterhaltspflicht zwischen Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Gesetzliche Regelungen über die Verpflichtung zur Unterhaltszahlung bestehen zwischen Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach deren Beendigung nicht.³⁵² Die Regelungssystematik des Unterhaltsrecht nach §§ 1569, 1570ff. BGB zielt speziell auf die Rechtsfolgen nach der Scheidung einer Ehe ab und dient grundsätzlich der Erhaltung des ehelichen Lebensstandards.³⁵³

Dennoch geht eine Mindermeinung in der Literatur davon aus, dass der bedürftige Partner einer beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Unterhalts- oder Abfindungsanspruch gegenüber dem wirtschaftlich stärkeren Partner habe. Dies gelte vor allem bei älteren Personen, die nach Beendigung einer langjährigen eheähnlichen Gemeinschaft nicht mehr arbeitsfähig seien oder aber für den Fall, dass sich ein Partner um die gemeinsamen Kinder kümmerge.³⁵⁴ Seine rechtliche Grundlage finde der Unterhaltsanspruch „ – in Anlehnung an den Inhalt der §§ 1569 ff. BGB – (in) dem Zusammenlebensvertrag als eine über seinen Bestand hinauswirkende Folge des Zusammenlebens und nachvertraglicher Abwicklungsanspruch“. ³⁵⁵

Der verfassungsrechtlich geschützte Ehe- und Familienschutz des Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG begründe ferner einen Unterhaltsanspruch „für den sorgeberechtigten Partner auch bei der Trennung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, da diese zwar nicht in den Ehebegriff einzubeziehen, aber dem Familienschutz zu unterstellen ist und ohne weiteres in den

³⁵² Gernhuber/Coester-Waltjen, § 44 II Rn. 7.

³⁵³ Brudermüller, in: Palandt, § 1573 Rn. 1.

³⁵⁴ Roth-Stielow, JR 1978, 233, 236.

³⁵⁵ Roth-Stielow, a.a.O.

Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 GG fällt“.³⁵⁶ Dieser über § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB hinausgehenden selbstständigen Anspruch aus Art. 6 GG sei durch die Sorgerechtsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts³⁵⁷ bestätigt worden, "in der zum ersten Mal in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine grundgesetzlich garantierte familienrechtliche Rechtsposition zuerkannt und nochmals der Vorrang des Kindeswohls vor den Interessen der Eltern betont wurde".³⁵⁸

Die herrschende Auffassung lehnt jedoch eine Unterhaltspflicht bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in analoger Anwendung der §§ 1361, 1569 ff. BGB zu Recht ab.³⁵⁹ Nach geltendem Recht kann das bloße Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine Ansprüche begründen.³⁶⁰ Die einzige auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anwendbare gesetzliche Unterhaltsverpflichtung ergibt sich aus § 1615I Abs. 1 BGB.³⁶¹ Demnach ist der Vater verpflichtet der Mutter für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt des Kindes Unterhalt zu gewähren. Dieser so genannte „Mutterschutzunterhalt“ besteht im Übrigen auch, wenn die Mutter das Kind nicht betreuen sollte.³⁶²

Von großer praktischer Bedeutung ist der Betreuungsunterhalt für die Mutter nach § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB, wonach von dieser wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Diese Unterhaltsleistung nach § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB kann von der Mutter bis zu drei

³⁵⁶ *Frenz*, NJW 1992, 1597, 1602.

³⁵⁷ BVerfG NJW 1991, 1944.

³⁵⁸ *Frenz*, NJW 1992, 1597, 1602.

³⁵⁹ BSG NJW 1993, 3346, 3347; BGH NJW 1980, 124; *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 19; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 27; *Heckelmann*, in: Erman, Vor §§ 1353-1362 Rn. 19, 26; *Weinreich*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Vor § 1297 Rn. 11; *Holzhauser*, in: Hausmann/Hohloch, S. 491; *Weinreich*, in: Weinreich/Klein, Nehel LG Rn. 29; *Ehinger*, FPR 2001, 25; *Strätz*, FamRZ 1980, 301, 307.

³⁶⁰ *Ehinger*, FPR 2001, 25.

³⁶¹ *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 19; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 27; *Weinreich*, in: Weinreich/Klein, Nehel LG Rn. 31; *Holzhauser*, in: Hausmann/Hohloch, S. 491; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 782; *Ehinger*, FPR 2001, 25.

³⁶² *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 782.

Jahre lang nach der Geburt des Kindes beansprucht werden.³⁶³ Auf eine grundsätzliche Fremdbetreuung, die zum Wegfall der Unterhaltspflicht des Vaters führen würde, kann die Mutter nicht verwiesen werden.³⁶⁴ Vielmehr sollte gerade nach der Intention des Gesetzgebers durch die Verlängerung des Unterhaltsanspruch von einem auf drei Jahre die Vollbetreuung des Kindes innerhalb der ersten drei Jahre – bis das Kind also im Kindergartenalter ist – möglich gemacht werden.³⁶⁵ Über § 1615I Abs. 4 BGB steht auch dem Vater bei Betreuung des Kindes der Unterhaltsanspruch zu.

Der Bedarf der Mutter beim Betreuungsunterhalt gemäß § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB richtet sich gemäß § 1610 Abs. 1 BGB allein nach ihrer Lebensstellung. Demnach besteht nach ganz herrschender Auffassung kein Anspruch der Mutter auf Teilhabe an der momentanen Lebensstellung des Vaters.³⁶⁶ Dies gilt selbst für den Fall nicht, dass die nichtehelichen Eltern vor Geburt des Kindes eheähnlich zusammengelebt haben.³⁶⁷

Es kommt somit bei einer unverheirateten Mutter auf ihre früheren Lebensverhältnisse – gemessen an ihrem letztmaligen Einkommen³⁶⁸ – an. Liegt eine vorangegangene Erwerbstätigkeit nicht vor, ist von einem Pauschalbetrag in Höhe von 770 Euro auszugehen.³⁶⁹ Dieser Betrag ist jedoch nur bei unverheirateten Müttern anzusetzen, da bei verheirateten die ehelichen Lebensverhältnisse maßgeblich sind.

³⁶³ *Diederichsen*, in: Palandt, § 1615I Rn. 12.

³⁶⁴ KG Berlin NJW-RR 2000, 809; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 782.

³⁶⁵ BT-Drucks. 13/1850, 24.

³⁶⁶ BGH NJW 2005, 818; vgl. auch OLG Naumburg FamRZ 2001, 1321; OLG Koblenz NJW 2000, 669; OLG Hamm NJW 2005, 297; *Diederichsen*, in: Palandt, § 1615I Rn. 15; *Born*, in: MünchKomm-BGB, § 1615I Rn. 30; *Schwolow*, in: Weinreich/Klein, § 1615I Rn. 10.

³⁶⁷ OLG Hamm FF 2000, 137; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1321; a.A. *Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 582, 584.

³⁶⁸ In der Regel ein Pauschalbetrag von 840 Euro, vgl. *Diederichsen*, in: Palandt, § 1615I Rn. 16.

³⁶⁹ Düsseldorf Tabelle Nr. D 2.

(1) Früheres Verhältnis von § 1615I BGB zu § 1570 BGB

Das frühere Verhältnis zwischen § 1615I BGB und § 1570 BGB soll nachfolgend näher erläutert werden. Während bei § 1570 BGB der geschiedene Ehegatte vom anderen Betreuungsunterhalt wegen Pflege oder Erziehung des gemeinschaftlichen Kindes verlangen kann, steht dieser Anspruch den unverheirateten Personen nicht zu. Sie können lediglich einen Anspruch nach § 1615I BGB geltend machen. Der Hauptunterschied lag vor der Unterhaltsreform bei der maximalen Bezugsdauer des Betreuungsunterhalts und dem Rangverhältnis gemäß § 1615I Abs. 3 S. 3 BGB (a.F.).

Während es bei § 1570 BGB keine gesetzlich festgeschriebene Maximalbezugsdauer gab, lag die Obergrenze für unverheiratete Anspruchsteller gemäß § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB bei drei Jahren.³⁷⁰ Der dahinterstehende Gedanke war und ist es auch heute noch, dass der halbtägige Besuch des Kindes in einem Kindergarten und die dadurch bestehende Möglichkeit der Mutter einer Teilzeittätigkeit nachzugehen, als zumutbar angesehen werden.³⁷¹ Die Anspruchsdauer ging nur in Fällen grober Unbilligkeit über die Dreijahresgrenze hinaus.³⁷²

Im Übrigen hat jedes Kind mit Vollendung des dritten Lebensjahres einen Anspruch auf den Besuch einer Tageseinrichtung gemäß § 24 Abs.1 SGB VIII.

In Einzelfällen konnte die Bezugsdauer nach § 1570 BGB weniger als diese drei Jahre sein. Die Anspruchsdauer für den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB reichte jedoch regelmäßig von Geburt bis zum 8. bzw. 10. Lebensjahr des Kindes.³⁷³ Erst danach konnte eine Teilzeittätigkeit bei einem gesunden und normal entwickelten Kind erwartet werden. Erst wenn das Kind fünfzehn oder sech-

³⁷⁰ Die Frist von drei Jahren ist im Regelfall mit dem Kindeswohl vereinbar, vgl. BVerfG NJW 2007, 1735, 1741 – Rz. [73, 77].

³⁷¹ *Wellenhofer-Klein*, FuR 1999, 448, 454; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 868.

³⁷² Dies wird etwa bei Behinderung oder Entwicklungsstörungen des Kindes angenommen; vgl. dazu *Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 581, 582.

³⁷³ BGH NJW 1983, 1427, 1429; NJW 1984, 1537; NJW 1989, 1083, 1084; NJW 1995, 1148, 1149; NJW 2006, 2182, 2184; vgl. ferner auch *Brudermüller*, in: Palandt, § 1570 Rn. 8; *Gerhardt*, in: Handbuch-FA-FamR, Kapitel 6, Rn. 261 f.; *Wever*, FF 2005, 174.

zehn Jahre alt wurde, hatte der betreuende Elternteil einer vollzeitigen Erwerbstätigkeit nachzugehen (so genanntes „Dreiphasenmodell“).³⁷⁴ Jedoch betonte der Bundesgerichtshof stets, dass es keine festen Zeitpunkte gab, ab welchem Alter und bei welcher Anzahl von Kindern der geschiedene Ehegatte eine Erwerbstätigkeit aufnehmen musste.³⁷⁵ Denn nicht nur das Alter des Kindes, sondern auch sein Gesundheitszustand, sein schulischer und sonstiger Entwicklungsstand oder mögliche Verhaltensstörungen spielten hierbei eine gewichtige Rolle.³⁷⁶

Der Bundesgerichtshof ging allerdings in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für den geschiedenen Ehegatten bei Betreuung eines Kindes unter acht Jahren in aller Regel unzumutbar gewesen ist.³⁷⁷ Bei einem Kind ab dem zehnten Lebensjahr mutete der Bundesgerichtshof dem betreuenden Elternteil eine Teilzeitbeschäftigung zu.³⁷⁸

Hierbei wird der eklatante Unterschied in der früheren Bezugsdauer des Betreuungsunterhalts deutlich.³⁷⁹ Dieser konnte in Vergleichsfällen mit jeweils einem Kind zwischen fünf und acht Jahre liegen. Betreute der geschiedene Ehegatte dagegen zwei oder drei Kinder, so wurde diese Differenzzeit zu § 1615I BGB noch drastischer. So hatte der Bundesgerichtshof im Jahre 1982 entschieden, dass bei der Versorgung von drei Kindern unter 14 Jahren nicht auf eine Erwerbstätigkeit von Seiten des Unterhaltspflichtigen verwiesen werden konnte.³⁸⁰

Ein weiterer – auch nach der Unterhaltsreform noch fortbestehender – Unterschied betrifft das Maß des zu gewährenden Unterhalts. Während § 1615I BGB

³⁷⁴ *Wever*, FF 2005, 174; *Peschel-Gutzeit*, FPR 2008, 24, 25.

³⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1983, 1427, 1429.

³⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1985, 429, 430.

³⁷⁷ Statt aller BGH NJW 1989, 1083, 1084; NJW 1995, 1148, 1149; vgl. auch *Büttner/Niepmann*, NJW 2006, 2373, 2377.

³⁷⁸ BGH NJW 1984, 2355, 2356; NJW 1997, 1851, 1853.

³⁷⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/1830, 13: „Der Elternteil, der ein außerhalb einer bestehenden Ehe geborenes Kind betreut [...], erhält heute nach der Geburt des Kindes bis zu drei Jahre lang Betreuungsunterhalt. Der geschiedene Ehegatte, der ein Kind betreut [...] muss dagegen nach ständiger Rechtsprechung frühestens dann wieder erwerbstätig werden, wenn das Kind etwa acht Jahre alt ist.“

³⁸⁰ BGH NJW 1982, 1050, 1052; vgl. dazu auch BGH NJW 1982, 326, 327 f.

auf die Vorschrift des § 1610 BGB aus dem Verwandtenunterhalt verweist, gilt im Rahmen des Betreuungsunterhalts bei § 1570 BGB auch § 1578 BGB, wonach die ehelichen Lebensverhältnisse maßgebend sind.³⁸¹ Somit nimmt die nichteheliche im Gegensatz zur ehelichen Mutter an den möglicherweise besseren Lebensverhältnissen des Vaters gerade nicht teil.³⁸² Das Maß des Unterhalts bei § 1615I BGB richtet sich vielmehr nach der Lebensstellung des Bedürftigen, so dass grundsätzlich nur das Einkommen der Mutter maßgeblich ist, das sie ohne die Geburt des Kindes zur Verfügung gehabt hätte.³⁸³

(2) Verfassungswidrigkeit des § 1615I BGB

Betrachtete man nun den dreijährigen Anspruch des § 1615I Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der acht bzw. zehn Jahre bei § 1570 BGB genauer, so stellte sich die Frage, ob diese Differenzierung verfassungsgemäß ist. Im Hinblick auf die dahinterstehende Ungleichbehandlung eines nichtehelichen Kindes bei § 1615I BGB gegenüber einem ehelichen Kind bei § 1570 BGB könnte im Bezug auf den Betreuungsunterhalt ein Verstoß gegen den speziellen Gleichheitssatz des Art. 6 Abs. 5 GG vorliegen.

Der Bundesgerichtshof hatte noch in seinem Urteil vom 5. Juli 2006 die Regelung des § 1615 I Abs. 2 S. 3 BGB für verfassungsgemäß gehalten.³⁸⁴ Seiner Ansicht nach liegen bei § 1570 BGB und § 1615I BGB schon keine gleich gelagerten Sachverhalte vor.³⁸⁵ Denn der Anspruch nach § 1570 BGB „regelt den Unterhalt nach geschiedener Ehe und findet seine Rechtfertigung neben der Sicherung der Kindeserziehung auch in den verfassungsrechtlich geschützten Folgewirkungen der gescheiterten Ehe“. Bei der Bemessung der Unterhaltsdauer nach § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB „sind jedoch stets die verfassungsrechtlichen

³⁸¹ Vgl. *Hoppenz/Hülsmann*, § 1615I Rn. 9.

³⁸² *Wever*, FF 2005, 174, 175; vgl. auch *Hahne*, FF 2006, 24, 27.

³⁸³ *Hahne*, FF 2006, 24, 27.

³⁸⁴ BGHZ 168, 245 = NJW 2006, 2687.

³⁸⁵ BGH NJW 2006, 2687, 2688 – Rz. [15].

Wertentscheidungen zur Sicherung des Kindeswohls zu berücksichtigen, was einer restriktiven Auslegung entgegensteht“.³⁸⁶ Ferner sieht der Bundesgerichtshof bei § 1615I Abs. 2 S. 3 den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 5 GG als nicht einschlägig an. § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB stelle demnach keinen Unterhaltsanspruch des Kindes, „sondern lediglich den Anspruch des betreuenden Elternteils“ dar.³⁸⁷ Das Grundrecht des nichtehelichen Kindes nach Art. 6 Abs. 5 GG fordere eine Gleichbehandlung lediglich insoweit, „als sich der Unterhalt des Elternteils unmittelbar auf die leibliche und seelische Entwicklung des Kindes und seine Stellung in der Gesellschaft auswirkt (sog. kindbezogene Umstände)“.³⁸⁸

Die Literatur hält eine vollständige Gleichstellung der ehelichen und nichtehelichen Unterhaltsansprüche weder für verfassungsrechtlich geboten noch für rechtspolitisch wünschenswert.³⁸⁹ Die Vorschrift des § 1570 BGB habe seine Grundlage in der naheheiligen Solidarität, wohingegen § 1615I BGB dem Verwandtenunterhalt näher stehe.³⁹⁰ Entscheidend sei, ob ein Elternteil durch die Eingehung einer Ehe eine besondere Verantwortung für ein Kind übernommen habe und daran im Rahmen des Unterhaltsanspruchs angeknüpft werden könne.³⁹¹

Wever weist noch daraufhin, dass es sich bei der Unterhaltskonstruktion gemäß § 1615I BGB um eine im internationalen Vergleich gesehene Ausnahme handelt. Lediglich das neuseeländische Recht übertrifft die dreijährige Anspruchsdauer.³⁹²

³⁸⁶ BGH a.a.O.

³⁸⁷ BGH NJW 2006, 2687, 2690 – Rz. [30].

³⁸⁸ BGH a.a.O.

³⁸⁹ So *Derleder*, DEuFamR 1999, 84, 90 ff.; *Wever*, FF 2005, 174, 176.

³⁹⁰ *Wever*, FF 2005, 174, 176.

³⁹¹ *Derleder*, DEuFamR 1999, 84, 90 u. 92.

³⁹² *Axmann*, S. 116 ff.

(2.1) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

In seinem Beschluss vom 07.11.2005³⁹³ hatte das Bundesverfassungsgericht folgende Verfassungsbeschwerde eines Unterhaltspflichtigen für begründet erachtet: Der Beschwerdeführer wurde vom Kammergericht Berlin über den Gesetzeswortlaut des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB zu einer Unterhaltsverpflichtung verurteilt, die über die dort normierten drei Jahre hinausging. Darin sah das Gericht eine Grundrechtsverletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG. Hierbei führte das Gericht aus, dass "das KG Berlin [...] sich durch die Kreierung eines vom Gesetzgeber nicht geschaffenen Anspruchs aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und sich damit der Bindung an Recht und Gesetz im Sinne von Art. 20 III GG entzogen (hat, woraus auch die Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers resultiert)".³⁹⁴

In einem neueren Beschluss vom 28.02.2007³⁹⁵ ist das Bundesverfassungsgericht nunmehr der Auffassung, dass die „unterschiedliche Regelung der Unterhaltsansprüche wegen der Pflege oder Erziehung von Kindern in § 1570 BGB einerseits und § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB andererseits mit Art. 6 Abs. 5 GG unvereinbar (ist)".³⁹⁶ Das Gericht führt dazu aus, dass „auch eine mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern durch Art. 6 Abs. 5 GG verboten (ist)".³⁹⁷ Allerdings erkennt das Bundesverfassungsgericht ebenfalls, dass es sich bei § 1570 BGB und § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB um Unterhaltsansprüche handelt, „die nicht dem Kind selbst, sondern dem

³⁹³ BVerfG NJW 2006, 1339.

³⁹⁴ BVerfG NJW 2006, 1339, 1340.

³⁹⁵ BVerfGE 118, 45 = NJW 2007, 1735.

³⁹⁶ Auch das Kammergericht Berlin und das Oberlandesgericht Hamm hielten die damalige Regelung des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB für verfassungswidrig, vgl. dazu KG Berlin NJW 2004, 3656 und OLG Hamm NJW 2004, 3512; a.A. OLG Karlsruhe NJW 2004, 523, 524, das der „nachehelichen Solidarität“ das bedeutende Gewicht zukommen lässt und unter diesem Aspekt „eine generelle Gleichstellung der Ansprüche [...] weder für verfassungsrechtlich geboten noch rechtspolitisch angezeigt“ hält.

³⁹⁷ BVerfG NJW 2007, 1735, 1736 – Rz. [42] m.H. auf BVerfGE 88, 87, 96 = NJW 1993, 1517.

das Kind betreuenden Elternteil zustehen“.³⁹⁸ Es stellt überdies fest, dass sich der Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils zugleich auf „die Lebens- und Betreuungssituation des Kindes (auswirkt)“, weil der Betreuungsunterhalt gerade „aus Gründen des Kindeswohls gewährt (wird)“.³⁹⁹

Weshalb die Anspruchsdauer deshalb von besonderer Bedeutung ist, legt das Gericht dann im Folgenden dar. „Die Dauer der Unterhaltsleistung an den Elternteil bestimmt darüber, wie lange das Kind persönlich von diesem betreut werden kann“. Die Dreijahresregelung des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB hat nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur Folge, dass der betreuende Elternteil "das Kind jedenfalls zeitweise in fremde Obhut geben muss und ihm nur noch in eingeschränkter Zeit zur Verfügung (steht)". Bei § 1570 BGB "kann das Kind (hingegen) erheblich länger die persönliche elterliche Betreuung erfahren, (so dass) die Lebensbedingungen der betroffenen Kinder [...] deshalb durch die Unterhaltsregelungen maßgeblich beeinflusst (werden)". Das Gericht legt dann im Weiteren auch überzeugend dar, dass es keine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung nichtehelicher zu ehelichen Kindern gebe⁴⁰⁰ und auch keine verfassungskonforme Auslegung des § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB in Betracht komme.⁴⁰¹

Im Ergebnis war § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB verfassungswidrig, wobei das Gericht den Gesetzgeber aufgefordert hatte, bis zum 31. Dezember 2008 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen.⁴⁰²

An dieser Stelle soll noch kurz auf den Aufsatz der Berichterstatterin, Richterin am Bundesverfassungsgericht *Hohmann-Dennhardt*, eingegangen werden. Sie ist zunächst der Ansicht, dass das in ständiger Rechtsprechung angewandte „Altersphasenmodell“ seine Berechtigung weniger in „erziehungswissenschaftlichen Erkenntnissen, (sondern vielmehr in den) hergebrachten Wertvorstellun-

³⁹⁸ BVerfG NJW 2007, 1735, 1737 – Rz. [44].

³⁹⁹ BVerfG a.a.O.

⁴⁰⁰ BVerfG NJW 2007, 1735, 1738 – Rz. [51 ff.].

⁴⁰¹ BVerfG NJW 2007, 1735, 1740 – Rz. [68 ff.].

⁴⁰² BVerfG NJW 2007, 1735, 1741 – Rz. [76, 77].

gen und tradierten familiären Rollenzuweisungen in der Ehe“ habe.⁴⁰³ Die über dem dreijährigen Rahmen des § 1615I BGB liegende Unterhaltsdauer bei § 1570 BGB könne jedoch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr mit der nahehelichen Solidarität begründet werden.⁴⁰⁴ Vielmehr sei der Betreuungsbedarf des Kindes der alleinige Maßstab und Grund für den Unterhaltsanspruch gemäß §§ 1570, 1615I BGB. Dies finde sich auch in der Rechtsprechung wieder, da bei § 1570 BGB faktisch bereits „der Bedarf des Kindes [...] als Maßstab für die Anspruchsdauer zugrunde gelegt (wird)“.

Zur vom Bundesverfassungsgericht aufgegebenen Gesetzesänderung äußert sich *Hohmann-Dennhardt* ebenfalls. Der Gesetzgeber habe bereits mehrfach angedeutet, dass ein elterlicher Betreuungsbedarf des Kindes generell bis zum dritten Lebensjahr ausreichend sei.⁴⁰⁵ Dies rühre daher, dass jedem Kind bereits mit drei Jahren ein Anspruch auf einen Kindergartenplatz gemäß § 24 Abs. 1 SGB VIII zustehe. Insofern sei es sinnvoll, wenn der „Betreuungsunterhalt für eheliche wie nichteheliche Kinder generell während ihrer ersten drei Lebensjahre (gewährt) und für den Einzelfall eine Verlängerungsmöglichkeit (eröffnet wird)“.⁴⁰⁶ Hinsichtlich der umstrittenen Frage des Unterhaltsranges sei eine Gleichstellung der nichtehelichen mit der ehelichen Mutter im Rahmen des Betreuungsunterhalts begrüßenswert. Hierdurch würden gerade in Mangelfällen finanzielle Zuwendungen zur Kindesbetreuung sichergestellt werden.⁴⁰⁷

(2.2) Auffassung des Schrifttums

In der Literatur ist es ganz herrschende Auffassung, dass bei § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.⁴⁰⁸ Bei § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB komme es zu einer erheblichen „Schlechterstellung im Ver-

⁴⁰³ *Hohmann-Dennhardt*, FF 2007, 174, 181.

⁴⁰⁴ *Hohmann-Dennhardt*, FF 2007, 174, 179.

⁴⁰⁵ *Hohmann-Dennhardt*, FF 2007, 174, 181.

⁴⁰⁶ *Hohmann-Dennhardt*, FF 2007, 174, 182.

⁴⁰⁷ *Hohmann-Dennhardt*, FF 2007, 174, 182 f.

⁴⁰⁸ *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, FuR 1996, 129, 136; vgl. auch *v. Münch*, ZRP 1988, 327, 329; a.A. wohl lediglich *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 786.

gleich zu Ansprüchen, die einem geschiedenen Ehegatten gemäß § 1570 BGB zustehen“.⁴⁰⁹ Darin liege eine Verletzung von Art. 6 Abs. 5 GG, da der Betreuungsunterhalt gemäß § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB „dem Kind selbst (und) unmittelbar zugute kommt“.⁴¹⁰ Diese „evidente“ Ungleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern im Zusammenspiel der §§ 1570, 1615I BGB führe zur Verfassungswidrigkeit des § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB.⁴¹¹ Der Vater eines nichtehelichen Kindes sei demnach genauso wie der Vater eines ehelichen Kindes verpflichtet, einen in der Bezugsdauer gleichlangen Betreuungsunterhalt zu zahlen.⁴¹²

(2.3) Unterhaltsreform

Mit dem Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007⁴¹³ erfuhr das Unterhaltssystem wegen Kindesbetreuung eine wesentliche Modifikation. Demnach werden in § 1609 BGB Ansprüche wegen Betreuung eines Kindes unabhängig vom ehelichen oder nichtehelichen Zusammenleben der Eltern auf eine Stufe gestellt. Gleichzeitig wird der Betreuungsunterhalt des verheirateten Partners gemäß § 1570 BGB in der Höhe der Bezugsdauer an § 1615I BGB angepasst. Dies führt im Ergebnis zu einer effektiven Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder, wie es das Bundesverfassungsgericht verlangt hat.⁴¹⁴

Die Unterhaltspflicht beginnt gemäß § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB frühestens 4 Monate vor der Geburt des Kindes und besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt. Ferner wurde das Wort „grob“ aus § 1615I Abs. 2 S. 4 BGB (a.F.) gestrichen. Der Gesetzgeber will den Gerichten durch eine Absenkung der Billigkeitsschwelle in besonderen Einzelfällen größere Entscheidungsspielräume er-

⁴⁰⁹ *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, FuR 1996, 129, 136; *V. Münch*, ZRP 1988, 327, 329.

⁴¹⁰ *Peschel-Gutzeit/Jenckel*, a.a.O.

⁴¹¹ *Puls*, FamRZ 1998, 865, 867; ebenso *Schwab*, FamRZ 1997, 521, 525.

⁴¹² *Puls*, FamRZ 1998, 865, 867.

⁴¹³ BGBl. 2007, 3189 (in Kraft getreten am 01.01.2008).

⁴¹⁴ BVerfGE 118, 45 = NJW 2007, 1735.

möglichen.⁴¹⁵ Dies führe „zusammen mit der geänderten Rangfolge [...] zu einer deutlichen Besserstellung nicht verheirateter Mütter und Väter“.⁴¹⁶ Zu beachten ist auch die sprachliche Neuformulierung in § 1615I Abs. 2 S. 4 BGB, wo aus dem bisherigen Ausnahmecharakter ein Regelfall mit besonderen Voraussetzungen wurde.⁴¹⁷

Durch die Formulierung „insbesondere“ ist ersichtlich, dass auch Gründe, die unabhängig von der Betreuungssituation des Kindes, herangezogen werden können.⁴¹⁸ Nach wie vor sind kindesbezogene vor elternbezogenen Erwägungen zu berücksichtigen, da der Betreuungsunterhalt im Interesse des Kindes, dessen Recht auf elterliche Erziehung darstellt.⁴¹⁹

(3) *Stellungnahme*

Die verbesserte Stellung der unterhaltsberechtigten Kinder in der Rangfolge gemäß § 1609 Nr. 1 BGB ist richtig. Diese können im Gegensatz zu Erwachsenen nicht für ihren eigenen Lebensunterhalt sorgen. Der vorrangige Unterhaltsanspruch im Mangelfall schützt das Kind daher sowohl in seiner individuellen Entwicklung als auch davor, auf staatliche Sozialleistungen angewiesen zu sein.⁴²⁰ Wegen des nunmehr in § 1569 BGB ausdrücklich verankerten Grundsatzes der Eigenverantwortung der Ehegatten nach der Scheidung, sind diese dazu verpflichtet und grundsätzlich auch in der Lage, sich nach einer gewissen Übergangszeit selbst zu versorgen.

Die Gleichstellung von verheirateten bzw. geschiedenen Müttern mit nichteheli-

⁴¹⁵ BT-Drucks. 16/1830, 13 ff.; vgl. dazu auch die Ausführungen in der Rede von Christine Lambrecht, BT-Plenarp. 16/43, S. 4214, 4215.

⁴¹⁶ BT-Drucks. 16/1830, 14.

⁴¹⁷ Nach § 1615I Abs. 2 S. 4 BGB (a.F.) *endete* die Unterhaltspflicht drei Jahre nach der Geburt, *sofern es nicht* [...] grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch [...] zu versagen; nach § 1615I Abs. 2 S. 4 BGB (n.F.) *verlängert* sich die Unterhaltspflicht, *solange und soweit* dies der Billigkeit entspricht.

⁴¹⁸ Vgl. dazu *Wever*, FamRZ 2008, 553, 555.

⁴¹⁹ BVerfG NJW 2007, 1735, 1741 – Rz. [73 ff.]; vgl. auch *Schilling*, FPR 2008, 27, 28.

⁴²⁰ BT-Drucks. 16/1830, 23 ff.

chen Müttern auf dem zweiten Rang ist ebenfalls begrüßenswert. Allerdings ist die Reduzierung der Bezugsdauer bei verheirateten Müttern von in der Regel acht auf drei Jahre zugegebenermaßen eine drastische Herabsetzung.⁴²¹ Jedoch ändert dies nichts an der Tatsache, dass diese bisherige Ungleichbehandlung des davon betroffenen Kindes längst änderungsbedürftig gewesen ist und schon vor Jahren hätte beseitigt oder über einen längeren Zeitraum angepasst werden können. Insofern ist es dem Untätigbleiben des Gesetzgebers zuzuschreiben, der sich auch jetzt erst durch die eindeutige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Regelung gezwungen sah.

Das in der Praxis entwickelte Altersphasenmodell wird dabei faktisch abgeschafft. Die Kindesbetreuende, geschiedene Mutter kann nunmehr schon nach drei Jahren auf ihre Pflicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verwiesen werden. Allerdings wird sich in einigen Jahren, wenn die ersten Fälle nach neuem Unterhaltsrecht beim Bundesgerichtshof verhandelt werden, eine neue Rechtsprechung für die verschiedenen Fallkonstellationen bilden.⁴²² Die bisherige Kasuistik zu § 1570 BGB (a.F.) könnte in modifizierter Weise auf neue Ausnahmefälle angewendet werden.

Die noch teilweise unterschiedliche Behandlung des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB und § 1615I BGB ist jedoch in einer künftigen Gesetzesregelung aufzuheben.⁴²³ Der Hauptkritikpunkt ist dabei die strukturelle Verweisung in § 1615I Abs. 3 S. 1 BGB auf die Vorschriften des Verwandtenunterhalts nach § 1601 ff. BGB. Das Maß des zu gewährenden Unterhalts nach § 1610 BGB ist hiervon jedoch nicht betroffen. Dies richtet sich nach den bisherigern Lebensumständen der nichtehelichen Mutter, in denen das Kind ohnehin aufgewachsen wäre.⁴²⁴ Hier besteht im Ergebnis kein Regelungsbedarf.

Die Vorschriften des §§ 1611, 1614 BGB sind dagegen für den Betreuungsun-

⁴²¹ Vgl. *Born*, NJW 2008, 1, 8.

⁴²² So auch *Peschel-Gutzeit*, FPR 2008, 24, 287.

⁴²³ *Wever*, FamRZ 2008, 553, 561.

⁴²⁴ So auch *Wever*, FamRZ 2008, 553, 561.

terhalt nach § 1615I BGB auszuschließen.

Beim Betreuungsunterhalt der nichtehelichen Mutter gilt für die Verwirkung der Unterhaltsberechtigung die Vorschrift des § 1611 BGB. Für den Anspruch nach § 1579 BGB gelten jedoch gemäß § 1570 BGB andere Einzelregelungen für den Betreuungsunterhalt ehelicher bzw. geschiedener Elternteile. Diese unterschiedlichen Anknüpfungspunkte sind nicht gerechtfertigt.⁴²⁵ Vielmehr wirkt sich hier die von Verfassungs wegen verbotene unterschiedliche Behandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder fort.⁴²⁶

Auch die fehlende Möglichkeit wegen § 1614 BGB Vereinbarungen über den Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB zu treffen, ist abzulehnen.⁴²⁷ Vielmehr sollten in Anlehnung an § 1585c BGB auch nichteheliche Betreuungsverhältnisse einer vertraglichen Vereinbarung zugänglich sein.⁴²⁸ Das generelle Verzichtverbot ist neben der ungleichen Behandlung nichtehelicher mit ehelichen Kindern auch unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie nicht durchsetzbar.⁴²⁹

Ferner sollte die unterschiedliche Erbenhaftung in § 1615I Abs. 3 S. 4 BGB zu § 1586b Abs. 1 S. 3 BGB geändert werden. Dass bei § 1615I BGB die Erben unbeschränkt bei § 1586b BGB aber beschränkt haften, ist im Hinblick auf den mittlerweile gleichgestellten Anspruch auf Betreuungsunterhalt nicht mehr nachvollziehbar.⁴³⁰

b) Auswirkungen auf bestehende nacheheliche Unterhaltsansprüche

Besonders relevant werden neu eingegangene oder bestehende nichteheliche Lebensgemeinschaften für die nachehelichen Unterhaltsverpflichtungen gemäß

⁴²⁵ eingehend dazu *Peschel-Gutzeit*, FPR 2005, 344, 345 ff.; vgl. auch *Schumann*, FF 2007 227, 229.

⁴²⁶ Vgl. *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1282, 1287.

⁴²⁷ *Schwab*, FamRZ 2007, 1053, 1056.

⁴²⁸ Vgl. dazu *Peschel-Gutzeit*, FPR 2008, 24, 26.

⁴²⁹ *V. Hoyenberg*, FPR 2007, 273, 274 f.

⁴³⁰ Vgl. dazu *Wever*, FamRZ 2008, 553, 562.

§ 1579 BGB. Über den Verweis in § 1361 Abs. 3 BGB gelten die in § 1579 BGB aufgezählten Härtegründe beim Trennungsunterhalt entsprechend.

Der Gesetzgeber geht auch an anderer Stelle – explizit vor allem im Sozialrecht – davon aus, dass die Eingehung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft durch einen geschiedenen Ehegatten im Rahmen der bestehenden Unterhaltsverpflichtungen berücksichtigt werden muss.⁴³¹ Vorab ist festzuhalten, dass das Zusammenleben in eheähnlicher Lebensgemeinschaft nach der Ehescheidung nicht generell dazu geeignet ist, eine Bedürftigkeit gemäß § 1577 Abs. 1 BGB von vorneherein auszuschließen.⁴³²

Im Rahmen des § 1579 BGB kann es jedoch bei Eingehung einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft des geschiedenen Ehegatten zu einer Beschränkung oder dem Wegfall der Unterhaltsverpflichtung kommen.⁴³³ Während dies vor der Unterhaltsreform als Härtegrund im Auffangtatbestand gemäß § 1579 Nr. 7 BGB berücksichtigt wurde, spricht § 1579 Nr. 2 BGB jetzt ausdrücklich von dem Zusammenleben in einer „verfestigten Lebensgemeinschaft“. Damit sollte jedoch keine inhaltliche Änderung erfolgen, sondern vielmehr die Rechtsprechung zu § 1579 Nr. 7 BGB übernommen werden.⁴³⁴

Der hinter § 1579 Nr. 2 BGB stehende Gedanke ist, dem bedürftigen Ehegatten einen nur noch verminderten Unterhaltsanspruch zukommen zu lassen, wenn er sich mit einem neuen Partner in einer verfestigten Lebensgemeinschaft befindet und hierbei der gemeinsame Lebensbedarf erwirtschaftet wird.⁴³⁵ Der Unterhaltspflichtige ist gerade nicht dazu verpflichtet, die neue Lebensgemeinschaft seines geschiedenen Ehegatten mitzuunterhalten.⁴³⁶

⁴³¹ Heckelmann, in: Erman, Vor §§ 1353-1362 Rn. 26.

⁴³² Soyka, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 1579 Rn. 19; Brudermüller, in: Palandt, § 1577 Rn. 15; vgl. auch BGH NJW 1980, 124, 126.

⁴³³ Vgl. BGHZ 150, 209 = NJW 2002, 1947; OLG Köln NJW-RR 2003, 938; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 29; OLG Köln NJW-RR 2000, 371; OLG Hamm NJW-RR 1999, 1233.

⁴³⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/1830, 21; eingehend dazu auch Schnitzler, FPR 2008, 41, 43 f.

⁴³⁵ BGH NJW 1983, 1548, 1551; OLG Bremen, NJW 1978, 1331; vgl. auch Brudermüller, in: Palandt, § 1579 Rn. 36.

⁴³⁶ Diederichsen, NJW 1977, 353, 358.

Der Anwendungsbereich des § 1579 Nr. 2 BGB ist allerdings erst dann eröffnet, „wenn sich die Beziehung in einem solchen Maße verfestigt (hat), dass damit gleichsam ein nichteheliches Zusammenleben an die Stelle einer Ehe getreten ist“.⁴³⁷ Erst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann davon ausgegangen werden, dass „die geschiedene Ehe als Grund für eine fortdauernde unterhaltsrechtliche Verantwortung des Verpflichteten gegenüber seinem geschiedenen Ehegatten (zurücktritt), und es für den Verpflichteten objektiv unzumutbar (wird), den früheren Ehegatten unter derartig veränderten Lebensumständen gleichwohl weiterhin (uneingeschränkt) unterhalten zu müssen“.⁴³⁸ Die Ursache liegt somit in der objektiven Veränderung der Lebensumstände und gerade nicht in einem etwaigen vorwerfbaren Fehlverhalten des unterhaltsberechtigten Ehegatten.⁴³⁹

Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, bei der die Partner in getrennten Wohnungen leben, kann bereits ausreichen.⁴⁴⁰ Ebenfalls liegt ein im Rahmen von § 1579 Nr. 2 BGB zu berücksichtigender Umstand vor, wenn der Unterhaltsberechtigte eine Eheschließung mit seinem neuen Partner nur deshalb nicht eingeht, weil er den Unterhaltsanspruch gegen seinen geschiedenen Ehegatten nicht verlieren will.⁴⁴¹

Im Übrigen gilt § 1579 Nr. 2 BGB auch bei Eingehung einer homosexuellen Lebensgemeinschaft.⁴⁴²

⁴³⁷ BGH NJW 1997, 1851, 1852.

⁴³⁸ BGH NJW 1997, 1851, 1852; vgl. auch BGH NJW 1989, 1083, 1086.

⁴³⁹ *Schnitzler*, FPR 208, 41, 44.

⁴⁴⁰ BGH NJW 2002, 217, 219; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1540; OLG Karlsruhe FamRZ 2006, 706; OLG Schleswig-Holstein FamRZ 2005, 277; OLG Koblenz NJOZ 2005, 2979; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1373, 1374;.

⁴⁴¹ BGH NJW 1983, 1548, 1550; NJW 1984, 2692, 2693; NJW-RR 1987, 1282, 1283; vgl. auch BGH NJW 1989, 1083, 1086.

⁴⁴² Vgl. dazu BGH, Urteil vom 16.04.2008, Az. XII ZR 7/05 (die Entscheidung erging noch zu § 1579 Nr. 7 BGB a.F.).

2. Sittenwidrige Bürgschaft

Das Problem der Bürgschaftsübernahme zwischen Lebensgefährten und die damit verbundene Sittenwidrigkeit solcher Rechtsgeschäfte kann sich auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften stellen.

Bei ehelichen Lebensgemeinschaften oder familiären Beziehungen geht die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, dass eine sittenwidrige Bürgschaft dann vorliegt, wenn der Bürge durch die von ihm übernommene Bürgschaft finanziell krass überfordert ist und ohne vernünftige Einschätzung der wirtschaftlichen Risiken eine Haftung nur aus emotionaler bzw. familiärer Verbundenheit übernimmt.⁴⁴³ Dabei ist von einer krassen Überforderung des Bürgen auszugehen, wenn dieser nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld zu tilgen vermag.⁴⁴⁴

Der Bundesgerichtshof hat die Fallgruppe der sittenwidrigen Bürgschaft in ständiger Rechtsprechung zutreffend auf nichteheliche Lebenspartner ausgedehnt und sie somit als ebenso vergleichbar und schützenswert anerkannt.⁴⁴⁵ Er ist hierbei der Auffassung, dass in Fällen des Vorliegens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft „die Beweggründe für die Unterstützung des Hauptschuldners sowie die Interessen des Kreditinstituts an der Bürgschaft denjenigen vergleichbar (sind), die für Ehegatten-Bürgschaften typisch sind“. ⁴⁴⁶ Es besteht eine vergleichbare „Gefahr, hauptsächlich aus emotionaler Bindung an den Hauptschuldner eine über die eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinausgehende Verpflichtung zu übernehmen“. Denn auch bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften überschätze der Partner die eigene finanzielle Leistungsfähigkeit und gehe aus Unerfahrenheit und Mangel an Urteilsvermögen eine besonders be-

⁴⁴³ BGH NJW 1999, 2584; NJW 2001, 815; NJW 2002, 744, 745; NJW 2002, 2228, 2230; NJW 2005, 971, 972; zustimmend auch *Schmidt*, EWiR, 1997, 397, 398.

⁴⁴⁴ BGH NJW 1999, 135; 2000, 1182, 1183; NJW 2001, 815; NJW-RR 2004, 924, 925; NJW 2005, 973, 975.

⁴⁴⁵ BGHZ 128, 230 = NJW 1995, 592, 593; NJW 1997, 1005; NJW 1997, 3372, 3373; NJW 2000, 1182, 1184; NJW 2002, 744, 745; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1995, 1197, 1198.

⁴⁴⁶ BGH NJW 1997, 1005.

nachteiligende Bürgschaft ein.⁴⁴⁷ Der nichteheliche Lebensgefährte ist daher in gleicher Weise schutzwürdig wie der Ehegatte.⁴⁴⁸

3. Ersatzzustellung

Wird der Zustellungsadressat in seiner Wohnung nicht angetroffen, so konnte die Zustellung des Schriftstückes gemäß § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen. Hierbei war umstritten, ob der nichteheliche Lebensgefährte unter den Begriff des „zu der Familie gehörenden Hausgenossen“ gefasst werden konnte.

a) Meinungsstand

In der Literatur und der Rechtsprechung wurde hierbei zwischen nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit und ohne Kinder unterschieden.

Einer Mindermeinung zu Folge sollte die Ersatzzustellung gemäß § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) an den nichtehelichen Lebensgefährten auch bei einer familienähnlichen Situation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – also selbst bei dem Zusammenleben mit gemeinsamen Kindern – nicht möglich sein.⁴⁴⁹ Das Oberlandesgericht Stuttgart begründete dies damit, dass es nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht um die Wahrung familienrechtlicher Belange, sondern um die möglichst zuverlässige Ersatzzustellungsmöglichkeit bei Abwesenheit des Adressaten gehe.⁴⁵⁰ Hierbei biete die familiäre Situation ein gewisses Maß an Sicherheit, dass dem Adressat das Schriftstück tatsächlich zugeht. Das Oberlandesgericht Stuttgart knüpft an den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom

⁴⁴⁷ So auch BGH NJW 1999, 2584.

⁴⁴⁸ BGH NJW 1997, 1005.

⁴⁴⁹ OLG Stuttgart MDR 1988, 518; *Wolst*, in: Musielak, 2. Auflage, § 181 Rn. 5.

⁴⁵⁰ OLG Stuttgart MDR 1988, 518.

08.01.1987 an, wo dieser die Ersatzzustellung bei bloßem Zusammenleben nichtehelicher Lebensgefährten ohne Kinder ablehnte.⁴⁵¹ Es könne nicht Aufgabe des Zustellers sein, zu erforschen ob in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Kinder vorhanden sind, zumal dies für den Briefträger eine peinliche Situation darstelle. Somit lehnte das Oberlandesgericht Stuttgart die Ersatzzustellung gemäß § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) auch für den Fall des Zusammenlebens mit gemeinsamen Kindern ab.

Die herrschende Meinung ging dagegen auch bei bloßen Zusammenleben der nichtehelichen Lebensgefährten zutreffend von einer wirksamen Ersatzzustellung aus.⁴⁵²

In einer nichtehelichen Lebensgefährten bestehe ein ähnliches Vertrauensverhältnis wie bei Ehegatten, so dass die Zustellung auch eine gewisse Sicherheit mit sich bringe.⁴⁵³ Bei § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) komme es maßgeblich auf das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses an. Die familienrechtlichen Beziehungen stehen gerade nicht im Vordergrund.⁴⁵⁴ Das Oberlandesgericht Schleswig hat in seinem Urteil vom 07.04.1999 entschieden, dass etwaige Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der Ersatzzustellung wegen des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des § 181 ZPO auf Grund der starken Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften in der Gesellschaft hinter die Anwendung auf nichteheliche Lebensgefährten zurücktreten müssten.⁴⁵⁵ In seinem Grundsatzurteil vom 14.03.1990 hat der Bundesgerichtshof seine Entscheidung unter ande-

⁴⁵¹ BGHSt 34, 250 = NJW 1987, 1562.

⁴⁵² OLG Köln VersR 2001, 1536; OLG Schleswig NJW 1999, 2602, 2603; OVG Hamburg NJW 1988, 1807, 1808; FG Hamburg NJW 1985, 512; AG Dortmund DGVZ 1980, 141; *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 28; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 59; *Putzo*, in: Thomas/Putzo, § 181 Rn. 7; *Roth*, in: Stein/Jonas, 21. Auflage, § 181 ZPO Rn. 13; *Stöber*, in: Zöller, 22. Auflage, § 181 Rn. 10; *Wenzel*, in: MünchKomm-ZPO, § 181 ZPO Rn. 13; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 74 III 1a; *Zeiss*, Rn. 237; *Scheld*, DGVZ 1983, 65, 67; *David*, DGVZ 1988, 162, 163; *Hohloch*, in: Hausmann/Hohloch, S. 103 f.; *Grziwotz*, S. 96 f.; BGH JZ 1990, 759, 762 m. Anm. *Roth*; BGH JR 1990, 505, 508 f. m. Anm. *Schreiber*; BGH ZZP 104 (1991) 68, 71 ff. m. Anm. *Orfanides*; *Fischer*, JuS 1994, 416, 419; *Mayer/Rang*, NJW 1988, 811, 812; *Burhoff*, FPR 2001, 18, 20; *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 859; *Messerle*, JuS 2001, 28, 34; *Schneider*, MDR 2000, 189, 193; vgl. auch BGZ 111, 1, 5 = NJW 1990, 1666, 1667.

⁴⁵³ BGH JR 1990, 505, 508 f. m. Anm. *Schreiber*.

⁴⁵⁴ *Schneider*, MDR 2000, 189, 193.

⁴⁵⁵ OLG Schleswig NJW 1999, 2602, 2603.

rem damit begründet, dass „eine eheähnliche Gemeinschaft mit gemeinsamer Haushaltsführung [...] ein Vertrauensverhältnis unter den Partnern (begründet), das die Erwartung zuverlässiger Weitergabe des Schriftstücks [...] (rechtfertigt)“.⁴⁵⁶ Der Bundesgerichtshof führt hierzu weiter aus, dass es hierzu „nicht der Verstärkung (des Vertrauensverhältnisses bedarf), die hier darin liegt, dass zusätzlich eine familienähnliche Verbindung (hinzukommt)“.⁴⁵⁷ Dadurch stellt der Bundesgerichtshof ebenfalls klar, dass es bei § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) maßgeblich auf das vergleichbare Vertrauens- und nicht bloß auf ein etwaiges Familienverhältnis ankomme.

Die in der Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung lehnte eine Er-streckung des § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.) auf nichteheliche Lebensgemeinschaf-ten jedenfalls dann ab, wenn neben den Lebensgefährten keine Kinder im ge-meinsamen Haushalt wohnten.⁴⁵⁸ Dabei geht der Bundesgerichtshof in Strafsa-chen in seinem Beschluss vom 08.01.1987 davon aus, dass die Annahme der wirksamen Zustellung bei nichtehelichen Lebensgefährten zu rechtsunsicher sei, da „keine objektiven, äußerlich erkennbaren Kriterien für die Entscheidung der Frage vorhanden sind, ob jemand Lebensgefährte des Zustellungsadressa-ten ist“.⁴⁵⁹ Auch der Bundesfinanzhof hat in seinem Urteil vom 29.04.1982 ent-schieden, dass es wegen der „zuweilen schwerwiegenden Folgen einer Ersatz-zustellung für den Zustellungsempfänger (erforderlich ist), auf objektive, äußer-lich erkennbare Merkmale abzustellen“.⁴⁶⁰ Diese objektiven Anhaltspunkte seien bei einer nur eheähnlichen Lebensgemeinschaft nach Ansicht des Bundesfi-nanzhofs nicht gegeben.⁴⁶¹

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.03.1990 bestand wei-

⁴⁵⁶ BGH NJW 1990, 1666, 1667.

⁴⁵⁷ BGH NJW 1990, 1666, 1667.

⁴⁵⁸ BGHSt 34, 250 = NJW 1987, 1562; BFH NJW 1982, 2895, 2896; OLG München NJW-RR 1986, 862; AG Germersheim DGVZ 1987, 46.

⁴⁵⁹ BGH NJW 1987, 1562, 1563.

⁴⁶⁰ BFH NJW 1982, 2895, 2896.

⁴⁶¹ BFH NJW 1982, 2895, 2896; vgl. auch OLG München NJW-RR 1986, 862.

testgehend Rechtsklarheit.⁴⁶² Hierbei subsumierte das Gericht den nichtehelichen Lebensgefährten unter den Begriff des „Hausgenossen“ im Sinne von § 181 Abs. 1 ZPO (a.F.)⁴⁶³ Der Bundesgerichtshof hat sich ferner dahingehend geäußert, dass durch diese Entscheidung eine wirksame Zustellung auch bei einer nur aus den beiden Lebensgefährten bestehenden Gemeinschaft anzunehmen sei.⁴⁶⁴

b) Heutige Gesetzeslage

Durch das Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes⁴⁶⁵ am 01.07.2002 hat sich der dargestellte Meinungsstreit erledigt. Nach dem heute geltenden § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann das Schriftstück auch einem „erwachsenen ständigen Mitbewohner“ zugestellt werden.

4. Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO

Eine andere zivilprozessuale Frage stellt sich im Rahmen des Zeugnisverweigerungsrechts gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO. Demnach steht den nahen Angehörigen der Prozessparteien ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, um Gewissenskonflikte zu vermeiden und den Familienfrieden zu wahren.⁴⁶⁶ Umstritten ist dabei, ob das Zeugnisverweigerungsrecht in § 383 Abs. 1 ZPO entsprechend auch für nichteheliche Lebensgefährten Anwendung findet. Für den Strafprozess regelt § 52 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO das Zeugnisverweigerungsrecht der nahen Angehörigen.

⁴⁶² BGHZ 111, 1 = NJW 1990, 1666.

⁴⁶³ BGH NJW 1990, 1666, 1667.

⁴⁶⁴ Vgl. BGH ZZP 104 (1991) 68, 71 ff. m. Anm. *Orfanides*.

⁴⁶⁵ BGBl. 2001, 1206 ff.

⁴⁶⁶ *Huber*, in: Musielak, § 383 Rn. 1.

a) Meinungsstreit

Eine teilweise vertretenen Auffassung lehnt eine entsprechende Anwendbarkeit der § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO und § 52 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO ab.⁴⁶⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 22.01.1999 entschieden, dass § 52 Abs. 1 StPO nicht analog für den nichtehelichen Lebensgefährten gelte.⁴⁶⁸ Die nichteheliche Lebensgemeinschaft stelle lediglich eine „enge freundschaftliche Beziehung außerhalb (der) Ehe (dar)“ und sei mit der verfassungsrechtlich geschützten Ehe nicht vergleichbar.⁴⁶⁹

Der Wortlaut der Vorschriften spreche nach Auffassung der Literatur dafür, zur Schaffung von Rechtssicherheit auf formale Kriterien abzustellen.⁴⁷⁰ Eine analoge Anwendung auf nichteheliche Lebensgefährten müsse auch deshalb ausscheiden, weil der Gesetzgeber bereits bei der Erstreckung auf Verlobte lange gezögert habe und die gesetzliche Normierung auch heute noch umstritten sei.⁴⁷¹ Von einer planwidrigen Regelungslücke könne daher nicht ausgegangen werden, da das Zeugnisverweigerungsrecht nach der gesetzgeberischen Intention bewusst nur Ehegatten und Verlobten eingeräumt worden sei.⁴⁷²

Die wohl herrschende Meinung bejaht dagegen die entsprechende Anwendung der §§ 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO und §§ 52 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO.⁴⁷³

⁴⁶⁷ Für den Strafprozess: BVerfG NJW 1999, 1622; BayObLG NJW 1986, 202 zu § 157 StGB; OLG Celle NJW 1997, 1084 zu § 157 StGB; *Senge*, in: KK-StPO, § 52 StPO Rn. 11; Meyer-Goßner, § 52 Rn. 5; *Dahs*, in: Löwe/Rosenberg, § 52 Rn. 17; *Rogall*, in: SK-StPO, § 52 Rn. 20; *Neubeck*, in: KMR-StPO, § 52 Rn. 9; *Kretschmer*, JR 2008, 51, 55; zustimmend wohl auch *Wollweber*, NStZ 1999, 628, 629; für den Zivilprozess: *Greger*, in: Zöller, § 383 Rn. 9; *Huber*, in: Musielak, § 383 Rn. 3; *Damrau*, in: MünchKomm-ZPO, § 383 ZPO, Rn. 15; Baumbach/Lauterbach, § 383 Rn. 4; *Berger*, in: Stein/Jonas, § 383 Rn. 27; wohl auch *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 64.

⁴⁶⁸ BVerfG NJW 1999, 1622.

⁴⁶⁹ BVerfG a.a.O.

⁴⁷⁰ *Damrau*, in: MünchKomm-ZPO, § 383 ZPO, Rn. 15; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 64; vgl. auch *Schwab*, Rn. 835.

⁴⁷¹ *Damrau*, in: MünchKomm-ZPO, § 383 ZPO, Rn. 15.

⁴⁷² *Senge*, in: KK-StPO, § 52 StPO Rn. 11

⁴⁷³ *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 28; *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn.

Die „Konfliktsituation zwischen Wahrheitspflicht und Angst vor Nachteilen“ sei bei einem nichtehelichen Lebensgefährten in gleicher Weise vorhanden wie bei einem verlobten oder verheirateten Partner.⁴⁷⁴ Letzteren steht jedoch ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO zu.⁴⁷⁵

Joecks hält es für „merkwürdig, dass jemand, der in einer eheähnlichen Gemeinschaft über Jahre zusammenlebt, kein Zeugnisverweigerungsrecht haben soll, es sei denn, er behauptet, man habe die Intention, (irgendwann) einmal zu heiraten, weil dann schon die Zeugnisverweigerung nach Nr. 1 möglich ist“.⁴⁷⁶

Es erscheine widersinnig und missbrauchsbehaftet, das Zeugnisverweigerungsrecht von dem leicht zu behauptenden Verlöbnis abhängig zu machen. Eine analoge Anwendung auf nichteheliche Lebensgefährten sei daher sachgerecht, zumal wegen „der erheblichen Zunahme [...] und der [...] sozialen wie teilweise auch rechtlichen Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ eine „nachträgliche Regelungslücke“ bestehe.⁴⁷⁷ Das „gleichartige Vertrauensverhältnis“ stelle den entscheidenden Anknüpfungspunkt für die Bejahung einer entsprechenden Anwendbarkeit dar.⁴⁷⁸

b) Stellungnahme

Der mittlerweile wohl herrschenden Meinung ist sowohl in der überzeugenden Begründung wie auch im Ergebnis zuzustimmen. Die leicht vorgeschobene Behauptung mit der Partei bzw. dem Angeklagten verlobt zu sein, kann nicht das

263 f.; Grziwotz, S. 95 f.; Kingreen, Jura 1997, 401, 408; Burhoff, Rn. 1194; Burhoff, FPR 2001, 18, 19; Hillenkamp, JuS 1997, 821, 830; Beulke, Rn. 191; OLG Braunschweig NStZ 1995, 35 m. Anm. Hauf zu § 157 StGB; vgl. auch Wacke, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 60, der insofern von der allgemeinen Meinung spricht; Rogalski, AnwBl 1983, 358, 362; Strätz, FamRZ 1980, 301, 308; wohl auch Schwab, Rn. 835.

⁴⁷⁴ Hohloch, in: Hausmann/Hohloch, S. 107; Burhoff, FPR 2001, 18, 19.

⁴⁷⁵ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 43 I Rn. 3-5; Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 263.

⁴⁷⁶ Joecks, § 52 Rn. 6.

⁴⁷⁷ Hillenkamp, JuS 1997, 821, 830; in diese Richtung auch Schwab, Rn. 835.

⁴⁷⁸ Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 263.

maßgebliche Kriterium für die Zuerkennung des Zeugnisverweigerungsrechtes sein. Vielmehr kommt es auf die tatsächliche Beziehung des Zeugen zur Partei bzw. zum Angeklagten an. Dabei spricht auch nichts dagegen, in Einzelfällen etwa wegen Fehlens einer verfestigten Lebensgemeinschaft ein Zeugnisverweigerungsrecht abzulehnen. Dies dürfte insbesondere dann gelten, wenn noch keine dauerhafte Beziehung zwischen den betreffenden Personen besteht und diese etwa auch nicht einen erheblichen Teil ihrer Freizeit miteinander verbringen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang noch, dass es den Lebensgefährten in Österreich bereits seit einigen Jahren möglich ist, das Zeugnis im Strafprozess gemäß § 152 Abs. 1 Nr. 2 der österreichischen StPO zu verweigern. Nach § 72 Abs. 2 des österreichischen StGB werden "Personen, die miteinander in (einer) Lebensgemeinschaft leben [...] wie Angehörige behandelt". Obwohl es an einer entsprechenden Regelung in § 321 der österreichischen ZPO fehlt, wird dem Lebensgefährten auch dort nach herrschender Meinung ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ *Deixler-Hübner*, ÖJZ 1999, 201.

G. Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften

I. Allgemeines

Den zentralen Kern der Themenproblematik bildet die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften. Diese Thematik steht in engem Zusammenhang mit der Erörterung der Verfassungsmäßigkeit, weil eine analoge Anwendung einer von Teilen der Literatur vertretenen Verfassungswidrigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB entgegenwirken könnte.⁴⁸⁰ Die seit langem umstrittene Anwendungsproblematik erfährt durch die neueste Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴⁸¹ erneute Aufmerksamkeit.

Hierzu sei vorab erwähnt, dass durch das Urteil keinesfalls abschließend zu dem Thema Stellung genommen worden ist.⁴⁸² Vielmehr zeigt sich die Entscheidung unter einer ganzen Reihe von nachstehend aufgeführten Gründen als falsche Signalwirkung für die Zukunft des Verhältnisses von ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften.

⁴⁸⁰ So auch *Hofmann*, ZRP 1990, 409, 410.

⁴⁸¹ BGH, Urt. v. 14. Dezember 2006 – IX ZR 92/05 – BGHZ 170, 187 = NJW 2007, 992.

⁴⁸² So auch BGH NJW 2007, 992, 995 m. Anm. *Metz*.

II. Teilweise vertretene Auffassung

Einer teilweise in der Literatur⁴⁸³ und in der Rechtsprechung⁴⁸⁴ vertretenen Auffassung zufolge scheidet die analoge Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften aus.

Begründet wird dies mit dem klaren Wortlaut der Norm, der insoweit keinen Anwendungsraum für eine nichteheliche Partnerschaft zuließe.⁴⁸⁵ Ansonsten würde die eheähnliche Lebensgemeinschaft „in die Nähe des Rechtsinstituts der Ehe gerückt und ihr damit eine Position zugewiesen, die dem geltenden Recht fremd (ist)“.⁴⁸⁶

Des Weiteren spreche auch die systematische Stellung des § 1362 Abs. 1 BGB gegen eine analoge Anwendbarkeit. Der Abschnitt 1 des 4. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches befasse sich in seinem Titel 5 mit den Wirkungen der Ehe im Allgemeinen. Somit sei im Rahmen des allgemeinen Ehrechts kein Raum für eine entsprechende Regelung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift betreffe § 1362 Abs. 1 BGB deshalb nur eheliche Partnerschaften, weil bei ihnen klare güterrechtliche Verhältnisse nach den entsprechenden Vorschriften der §§ 1363 ff. BGB bestünden. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft sei viel zu unbestimmt und auch nicht einheitlich regelbar, da es viele verschiedene Formen des nichtehelichen Zusammenlebens gebe, die nicht pauschal mit eherechtlichen Verhältnissen vergleich-

⁴⁸³ *Lange*, in: Soergel, § 1362 Rn. 3 u. neLG Rn. 61; *Voppel*, in: Staudinger, § 1362 Rn. 12; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, § 739 Rn. 11; *Stöber*, in: Zöller, § 739 Rn. 14; *Musielak/Lackmann*, § 739 Rn. 4; *Kindl*, in: HandKomm-ZPO, § 739 Rn. 2; *Heckelmann*, in: Erman, § 1362 Rn. 5; *Baumbach/Lauterbach*, § 739 Rn. 3; *Baur/Stürner*, S. 211 f.; *Käser*, S. 75 ff.; *Gerhardt*, ZRP 95 (1982) 467, 491 f.; *Struck*, AcP 187 (1987) 405, 417; *Scheld*, DGVZ 1983, 65, 71; *Brox*, FamRZ 1981, 1125, 1126; *Henrich*, S. 64; *David*, DGVZ 1988, 162, 163; *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 562; *Strätz*, FamRZ 1980, 301, 304; *Jauernig*, ZVR, S. 79; *Hofmann*, ZRP 1990, 409, 410; *Kilian*, JurBüro 1996, 67; *Seidl*, S. 276; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, S. 333; ablehnend wohl auch *Paulus*, in: Wieczorek/Schütze, § 739 Rn. 11 und *Hoffmann*, in: Rotax-FamPrax, Teil 13, Rn. 173.

⁴⁸⁴ OLG Köln NJW 1989, 1737; LG Frankfurt NJW 1986, 729; AG Tübingen DGVZ 1973, 141; AG Gütersloh, DGVZ 1979, 94; AG Siegen DGVZ 1993, 61; AG Weilburg DGVZ 2004, 30; jetzt auch BGHZ 170, 187 = NJW 2007, 992 und *Hübtege*, in: Thomas/Putzo, 28. Auflage, § 739 Rn. 7; siehe auch *Wenz*, in: RGRK, § 1362 Rn. 3 f.

⁴⁸⁵ Vgl. nur *David*, DGVZ 1988, 162, 163.

⁴⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1980, 124, 125.

bar seien.⁴⁸⁷

Das vielleicht stärkste Argument liefere jedoch der Gesetzgeber selbst. Bei zwei größeren Gesetzesänderungen, dem Gleichberechtigungsgesetz⁴⁸⁸ und der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle⁴⁸⁹, sei ihm das Problem der Anwendbarkeit des §§ 1362 Abs. 1 BGB, 739 ZPO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft bekannt gewesen und trotzdem habe er keine diesbezügliche Gesetzesänderung vorgenommen.⁴⁹⁰

Letztlich wird noch darauf hingewiesen, dass in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Vermischung der Eigentumsverhältnisse nicht in gleichem Ausmaße zu befürchten sei, da – im Gegensatz zu ehelichen Partnerschaften – die Vermutung des § 8 Abs. 2 HausratsVO nicht eingreife.⁴⁹¹

III. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.12.2006

Der Bundesgerichtshof hatte diese Anwendungsfrage am 14.12.2006 erstmalig zu entscheiden.⁴⁹² Er entschied sich dahingehend, die analoge Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften abzulehnen, und stützt seine Auffassung auf mehrere Begründungsmuster.

Zunächst sei nach Auffassung des Gerichts § 1362 Abs. 1 BGB auf die Form des Zusammenlebens im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft zugeschnitten.⁴⁹³ Hierbei erkennt der Bundesgerichtshof auch die bereits mehrfach geäußerte Gefahr an, dass die Eigentums- und Vermögensverhältnisse in der

⁴⁸⁷ Statt vieler OLG Köln NJW 1989, 1737, 1738; *Kilian*, JurBüro, 1996, 67.

⁴⁸⁸ BGBl. 1957, 609.

⁴⁸⁹ BGBl. 1997, 3039.

⁴⁹⁰ Vgl. BT-Drucks. 2/224, 33 u. 68 f.; BT-Drucks. 13/341, 12.

⁴⁹¹ *Seidl*, S. 276.

⁴⁹² BGHZ 170, 187 = NJW 2007, 992.

⁴⁹³ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [12].

Ehe leicht verschleiert werden können.⁴⁹⁴ Auf Grund der gemeinsamen Haushaltsführung komme es „zu einer tatsächlichen Vermischung der bis dahin vorhandenen beweglichen Habe“.⁴⁹⁵

Jedoch fehle es für die Frage der analogen Anwendung auf die eheähnliche Lebensgemeinschaft an einer planwidrigen Regelungslücke, die als Grundvoraussetzung für eine Analogiebegründung anzusehen ist.⁴⁹⁶ Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Problematik bei zahlreichen Gesetzesänderungen keine Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften gewollt.⁴⁹⁷ Daher sei schon gar keine Regelungslücke vorhanden, die durch eine Analogie geschlossen werden müsse.⁴⁹⁸

Ferner weist das Gericht darauf hin, dass dem Gesetzgeber bereits im Jahre 1957 bei Erlass des Gleichberechtigungsgesetzes⁴⁹⁹ die nichteheliche Lebensgemeinschaft als „eine typische Erscheinungsform des sozialen Lebens, vor allem in Folge der großen Zahl rentenberechtigter Kriegerwitwen, die bei einer Eheschließung ihre Rentenansprüche verloren hätten“ bekannt gewesen sei.⁵⁰⁰ Daraus zieht der Bundesgerichtshof dann allerdings nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber im Jahre 1957 bewusst darauf verzichtet habe, „§ 1362 Abs. 1 BGB auf andere Formen des Zusammenlebens zu erstrecken“.⁵⁰¹

Vielmehr sei dieser Schluss erst aus dem dahingehenden Untätigbleiben bei der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle⁵⁰² zu ziehen.⁵⁰³ Bis zum Erlass der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle am 17.12.1997 sei die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften stark angestiegen, wobei sich ihre Zahl zwischen „1972

⁴⁹⁴ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [12] m. H. auf BT-Drucks. 2/224, 33; so auch *Wenz*, in: RGRK, § 1362 Rn. 2.

⁴⁹⁵ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [12].

⁴⁹⁶ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [14].

⁴⁹⁷ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [15].

⁴⁹⁸ BGH a.a.O.

⁴⁹⁹ BGBl. 1957, 609.

⁵⁰⁰ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [16].

⁵⁰¹ BGH a.a.O.

⁵⁰² BGBl. 1997, 3039.

⁵⁰³ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [17].

und 1995 verzehnfacht“ habe.⁵⁰⁴ Die Justizministerkonferenz setzte daraufhin am 15.12.1988 eine Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts ein, welche im Ergebnis vorschlug, die Eigentums- und Gewahrsamsvermutung des §§ 1362 Abs. 1 BGB, 739 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken.⁵⁰⁵ Demnach wäre bei § 1362 BGB ein Abs. 3 neu eingefügt worden, der folgenden Wortlaut gehabt hätte: „Diese Vorschriften gelten für eheähnliche Gemeinschaften entsprechend“.⁵⁰⁶ Dieser Zusatz sollte sich ebenso in einem neuen Abs. 2 zu § 739 ZPO wiederfinden. Im letzten Entwurf sowie im endgültigen Gesetzeswortlaut der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle⁵⁰⁷ wurde allerdings auf diese Änderung verzichtet.⁵⁰⁸ Daraus zieht der Bundesgerichtshof nunmehr den Schluss, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine entsprechende Anwendung verzichtet habe.⁵⁰⁹

Gleiches gelte nach Auffassung des Gerichts beim „Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften“, dem so genannten Lebenspartnerschaftsgesetz⁵¹⁰, bei dem der Gesetzgeber erneut davon abgesehen habe, die Ergebnisse der Arbeitsgruppe aufzugreifen und eine entsprechende Anwendung auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu normieren.⁵¹¹

Ausführlich befasst sich der Bundesgerichtshof dann weiterhin mit der Frage, ob nicht eine „gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung“ geboten sei.⁵¹² Man könnte der Ansicht sein, dass auf Grund der geänderten Lebensverhältnisse, der zunehmenden Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften und deren Akzeptanz innerhalb der Gesellschaft es bei § 1362 Abs. 1 BGB Aufgabe der

⁵⁰⁴ BGH a.a.O.

⁵⁰⁵ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [17] m. H. auf *Markwardt*, DGVZ 1993, 17.

⁵⁰⁶ Vgl. *Markwardt*, DGVZ 1993, 17, 19; *Schilken*, RPfleger 1994, 138, 139.

⁵⁰⁷ BGBl. 1997, 3039.

⁵⁰⁸ BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [17].

⁵⁰⁹ BGH NJW 2007, 992, 993f. – Rz. [17, 18].

⁵¹⁰ BGBl. 2001, 266.

⁵¹¹ BGH NJW 2007, 992, 993f. – Rz. [18].

⁵¹² BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [19].

Rechtsprechung gemäß § 543 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO sei, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung eine Analogie zu begründen.⁵¹³ Im vorliegenden Problemfall sei jedoch ein Eingriff in die Legislative und damit in die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht gerechtfertigt.⁵¹⁴ Es lägen weder „unabweisbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs“ vor noch würden die Grundrechte es hier erforderlich machen, eine Analogie zu Lasten der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften zu begründen.⁵¹⁵ Hinsichtlich des grundrechtlichen Bereichs sei weder der Schutz der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG noch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG tangiert.⁵¹⁶

Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB äußert sich der Bundesgerichtshof dann im Weiteren. Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.07.1968⁵¹⁷ zu § 45 KO entnimmt der Bundesgerichtshof, dass „die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB nicht [...] verfassungswidrig“ sei.⁵¹⁸

Das Gericht geht sogar noch einen Schritt weiter und bekundet, dass die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB ohnehin dahinstehen könne, da selbst bei Vorliegen der Verfassungswidrigkeit eine diesbezügliche Korrektur nur „durch eine Neuregelung der einschlägigen Vorschriften durch den Gesetzgeber“ beseitigt werden könne.⁵¹⁹ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sei dies im vorliegenden Fall gegeben, da „die von der Revision behauptete Diskriminierung von Eheleuten durch § 1362 BGB (nur dadurch vermieden werden kann), indem die Regelung insgesamt beseitigt wird oder ihr Anwendungsbereich auf ein näher zu definierenden Personenkreis erstreckt wird“.⁵²⁰ Demnach seien Verfassungsverstöße durch den Bundesgesetzgeber zu beheben und nicht durch eine Analogiebildung von Seiten der Judikative. Genau davon habe

⁵¹³ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [20].

⁵¹⁴ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [20, 21].

⁵¹⁵ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [21].

⁵¹⁶ BGH a.a.O.

⁵¹⁷ BVerfGE 24, 104 = NJW 1968, 1771.

⁵¹⁸ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [22].

⁵¹⁹ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [23].

⁵²⁰ BGH a.a.O.

der Gesetzgeber jedoch bislang abgesehen.

Schlussendlich hebt der Bundesgerichtshof noch hervor, dass auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes das Gericht hier nicht zu einer entsprechenden Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB zwingt. Bei §§ 1362 Abs. 1 BGB, 739 ZPO handele es sich vielmehr um ehespezifisches Sonderrecht.⁵²¹ Dem Gläubiger stehen weiterhin die allgemeinen Beweismittel der Zivilprozessordnung zur Verfolgung seines Anspruchs zur Verfügung.⁵²²

IV. Urteilsanmerkungen

Bislang liegen vier Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofs von *Metz*⁵²³, *Böttcher*⁵²⁴, *Ahrens*⁵²⁵ und *Roth*⁵²⁶ vor, die im folgenden Abschnitt kurz zusammengefasst werden.

1. Urteilsanmerkung von Metz

Metz stimmt in seiner Anmerkung dem Urteil des Bundesgerichtshofs im Ergebnis zu.⁵²⁷ Die vom Bundesgerichtshof angeführte Begründung mit dem gesetzgeberischen Willen sei „kaum mehr (angreifbar)“. Sowohl bei der Gesetzesnovelle im Jahre 1997 als auch bei Erlass des Lebenspartnerschaftsgesetzes habe der Gesetzgeber bewusst auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften verzichtet. Auch

⁵²¹ BGH NJW 2007, 992, 994 – Rz. [25].

⁵²² BGH a.a.O.

⁵²³ BGH NJW 2007, 992, 995 m. Anm. *Metz*.

⁵²⁴ BGH FamRZ 2007, 457, 459 m. Anm. *Böttcher*.

⁵²⁵ BGH ZIP 2007, 352 m. Anm. *Ahrens*, in: EWiR 2007, 171 f.

⁵²⁶ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530 ff.

⁵²⁷ BGH NJW 2007, 992, 995 m. Anm. *Metz*.

die Ablehnung der Analogie im Falle einer Verfassungswidrigkeit der Norm sei zutreffend, da hierfür allein der Gesetzgeber zuständig sei. Zutreffend weist *Metz* dann noch darauf hin, dass es nunmehr für den Gläubiger in der Praxis „außerordentlich schwierig (sein wird), erfolgreich die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Schuldners zu betreiben“.

Als Ausblick erwähnt *Metz* dann zu Recht, dass durch das vorliegende Urteil der „Streit um die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 Abs. 1 BGB sowie die wissenschaftliche Diskussion über die Notwendigkeit eines vergleichbaren Gläubigerschutzes gegenüber in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden Schuldern und deren Partnern (noch) nicht beendet (ist)“.⁵²⁸ Die sich bei §§ 1362 BGB, 739 ZPO gegenüberstehenden Interessen des Gläubiger einerseits an einer möglichst erfolgreichen Zwangsvollstreckung und des wahren Eigentümers andererseits an einem bestmöglichen Schutz seines Eigentums stellen auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshof ein Problem dar, welches durch die hier vorliegende Entscheidung „nicht als zufriedenstellend gelöst bezeichnet werden (kann)“.

Schlussendlich steht *Metz* einer baldigen Gesetzesänderung bei §§ 1362 BGB, 739 ZPO skeptisch gegenüber, da der Gesetzgeber „im Hinblick auf die bereits ausgelassenen Möglichkeiten“ nicht an einer derartigen Regelung interessiert zu sein scheint.

2. Urteilsanmerkung von Böttcher

Böttcher kritisiert die einzelnen Begründungen des Bundesgerichtshofs, wobei er im Ergebnis wohl auch gegen eine analoge Anwendung des § 1362 Abs. 1 BGB ist.⁵²⁹ Der Hinweis des Bundesgerichtshofs auf das Untätigbleiben des Ge-

⁵²⁸ BGH m. Anm. *Metz* a.a.O.

⁵²⁹ BGH FamRZ 2007, 457, 459 m. Anm. *Böttcher*.

setzgebers beim Erlass des Lebenspartnerschaftsgesetzes⁵³⁰ im Jahre 2001 sei vielmehr darauf zurückzuführen, dass dieser „durch eine Erweiterung des § 1362 BGB ein Einfallstor für eine – unerwünschte – Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften schlechthin (geschaffen hat)“.⁵³¹

Für eine analoge Anwendung sei jedoch deshalb kein Raum, weil der Erstreckung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht im Rahmen der „gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung“, sondern durch Gesetzesänderung begegnet werden müsste. Einzig die Begründung des Bundesgerichtshofs hierzu trägt der Autor nicht mit. Durch die anfänglichen Erwägungen des Gerichts zum Normzweck des § 1362 Abs. 1 BGB zeige sich gerade, dass dieser „müheles auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft (übertragbar ist)“. Besonders die Vermögensverschiebung sei keine Tatsache, die nur in der Ehe vorkomme, sondern gleichermaßen auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften eine bedeutende Rolle spiele. Somit scheitere es gerade nicht an einer „vergleichbaren Interessenlage“. Es liege auch keine „planwidrige“, sondern vielmehr eine „bewusste Regelungslücke“ vor. Dies werde anhand des folgenden Beispiels deutlich:

„(Die Besonderheit des Falls) liegt darin, dass Klägerin und Schuldner nur wenige Monate nach der Pfändung geheiratet haben. Hätte also der Gläubiger noch zugewartet, hätte zu seinen Gunsten § 1362 BGB unmittelbare Anwendung gefunden. Sollte die Vollstreckungsmöglichkeit des Gläubigers wirklich von der formalen Rechtsstellung Ehe abhängen?“

Der Gesetzgeber ging in den fünfziger Jahren davon aus, dass „die späteren Eheleute vor der Ehe eben noch keinen gemeinsamen Hausstand (hatten), so dass dieser und die für ihn typische Vermischung vielmehr tatsächlich erst durch die Eheschließung (entstand)“.⁵³² Eine derartige Konstellation passe je-

⁵³⁰ BGBl. 2001, 206.

⁵³¹ BGH FamRZ 2007, 457, 459, 460 m. Anm. Böttcher.

⁵³² BGH m. Anm. Böttcher a.a.O.

doch nicht mehr in die heutige Zeit, zumindest müsste man diese Verhältnisse „wohl mit der Lupe suchen“.

Böttcher ist auch der Auffassung, dass „viele Paare (heutzutage) jahrelang, einige gar für immer unverheiratet in eheähnlichen Gemeinschaften (zusammenwohnen), in denen zwischen „Dein“ und „Mein“ ebenso wenig unterschieden wird wie in einer Ehe“. Daher verstoße § 1362 Abs. 1 BGB gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und gegen den Schutz der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG, weil es hierbei zu einer „nach wie vor willkürlichen (Differenzierung) zwischen Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften (kommt)“.⁵³³ Diese willkürliche Schlechterstellung zeige sich gerade am vorliegenden Fall dadurch sehr deutlich, dass „von der Sekunde der Eheschließung an (§ 1362 Abs. 1 BGB) uneingeschränkt Anwendung findet, unabhängig davon, ob ein gemeinsamer Hausstand schon zuvor bestand oder nicht“.⁵³⁴ Daher komme es zu einer Schlechterstellung der Partner mit Eingehung der Ehe, die gegen die bereits angesprochenen Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG verstoße.

Abschließend fordert *Böttcher* den Gesetzgeber dazu auf, den § 1362 Abs. 1 BGB abzuschaffen oder aber auf eheähnliche Gemeinschaften zu erstrecken, wobei der Autor die letztgenannte Option bevorzugt.⁵³⁵

3. Urteilsanmerkung von Ahrens

Ahrens ist der Auffassung, dass mit dem vorliegenden Urteil des Bundesgerichtshofs nunmehr „klare Grundlagen für die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen existieren“.⁵³⁶ Demnach müsse der Gerichtsvollzieher außer bei

⁵³³ BGH FamRZ 2007, 457, 460 m. Anm. *Böttcher*; vgl. auch *Erchinger*, S. 61.

⁵³⁴ BGH FamRZ 2007, 457, 460 m. Anm. *Böttcher*.

⁵³⁵ BGH m. Anm. *Böttcher* a.a.O.

⁵³⁶ BGH ZIP 2007, 352 m. Anm. *Ahrens*, in: EWiR 2007, 171, 172.

ehelichen Verhältnissen immer positiv den Gewahrsam des Schuldners gemäß §§ 808, 809 ZPO prüfen.⁵³⁷ Die derzeitige Rechtslage sei wegen der dazu „mehrfachen obiter dicta des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich [...] unbedenklich“. *Ahrens* spricht sich nach geltender Rechtslage gegen eine Analogie aus und sieht auch *de lege ferenda* keine Notwendigkeit für eine Gesetzesänderung zur Erstreckung der Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.⁵³⁸

4. Urteilsanmerkung von Roth

Roth widerspricht der Entscheidung des Bundesgerichtshofs und hält das Ergebnis für „nicht beifallswert“.⁵³⁹ Er stellt zunächst kritisch die fehlende Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem Verhältnis von § 1006 Abs. 2 BGB mit § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB und der Klassifizierung des Alleinbesitzes fest.⁵⁴⁰ Ferner kritisiert er auch die fehlende Begründung dahingehend, dass bei vorehelichen Besitzverhältnissen die Vermutung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB gerade zu Gunsten des vollstreckenden Gläubigers eingreife.⁵⁴¹

Auch die entscheidende Begründung mit der „planwidrigen Unvollständigkeit“, die der Bundesgerichtshof zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB vorbringt, sei nicht überzeugend. Das mehrfache Untätigbleiben des Gesetzgebers könne hinsichtlich einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB nicht „als endgültige Absage des Gesetzgebers an eine Ausdehnung der Normen“ verstanden werden. Der Gesetzgeber sei sich entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs sehr wohl über die „Lückenhaftigkeit der Regelung“ bewusst gewesen. Er sah sich jedoch aus rechtspolitischen Gründen weder in der Lage eine Teil- noch Gesamtregelung

⁵³⁷ BGH ZIP 2007, 352 m. Anm. *Ahrens*, in: EWiR 2007, 172.

⁵³⁸ BGH m. Anm. *Ahrens* a.a.O.

⁵³⁹ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530.

⁵⁴⁰ BGH m. Anm. *Roth* a.a.O.

⁵⁴¹ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 531.

der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durchsetzen zu können.⁵⁴² Deshalb bestehe eine bewusste Gesetzeslücke, die nach den allgemeinen Grundsätzen im Wege einer Analogie geschlossen werden könne.⁵⁴³

Die Begründung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts sei ebenfalls unzutreffend. Denn eine weitergehende Befugnis des Gerichtsvollziehers bei analoger Anwendung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 739 ZPO verstoße nach herrschender Meinung⁵⁴⁴ gerade nicht gegen die Grundrechte des Pfändungsschuldners.⁵⁴⁵ Auch der von der Pfändung betroffene Dritte sei nicht schutzlos gestellt, da ihm die prozessuale Durchsetzung seines Eigentumsrechts im Wege der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO bleibe.

Ferner begründe §§ 1362 Abs. 1 S. 1 BGB, 739 ZPO ein bestimmtes Rechtsprinzip, welches eine Ausdehnung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft notwendig mache. Durch die Verweisung in § 8 Abs. 1 LPartG und die eingefügten bzw. geänderten Vorschriften der §§ 133 Abs. 2, 138 Abs. 1 Nr. 1a, Nr. 3 InsO, § 3 Abs. 2 AnfG i.V.m. § 138 InsO sei eine Erweiterung der gesetzlichen Regelungen bezweckt worden.⁵⁴⁶ Speziell unter dem Aspekt des § 138 Abs. 1 Nr. 3 InsO bestehe eine „Gemeinsamkeit“ zwischen den dort angesprochenen nahestehenden Personen.

Im Ergebnis spricht sich *Roth* somit für die analoge Anwendung des § 1362 Abs. 1 S. 1 BGB aus. Dem wahren Eigentümer entstünde dadurch kein unzumutbarer Nachteil, zumal an die Widerlegung der Vermutung des §§ 1362 Abs. 1 S. 1 BGB, 739 ZPO nach herrschender Meinung keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁵⁴⁷

⁵⁴² BGH m. Anm. *Roth* a.a.O.

⁵⁴³ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 531 m.H. auf *Heßler*, in: MünchKomm-ZPO, § 739 Rn. 19.

⁵⁴⁴ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 531 m.H. auf *Pawlowski*, Rn 108, 110; *Baur/Stürner*, S. 211 f.; vgl. auch *Münzberg*, in: Stein/Jonas, § 739 Rn. 23.

⁵⁴⁵ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 531.

⁵⁴⁶ BGH m. Anm. *Roth* a.a.O.

⁵⁴⁷ BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530, 531 m.H. auf *Medicus*, in: MünchKomm-BGB, § 1006 Rn. 22.

V. Herrschende Meinung und eigene Bewertung

Die herrschende Meinung⁵⁴⁸ geht entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs richtigerweise davon aus, dass § 1362 Abs. 1 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften analog anwendbar ist.

Zunächst ist das vorgebrachte Wortlautargument in aller Regel ein sehr schwaches Indiz. Es gibt zahlreiche Gesetzesbeispiele, bei denen der Wortlaut ungenau ist oder entgegen dem Anschein nach anders zu verstehen ist. Gegen das systematische Argument, dass die Vorschrift im Rahmen der allgemeinen Ehevorschriften stünde, wird von der herrschenden Meinung zu Recht angeführt, dass dies einer analogen Anwendung keineswegs entgegenstehe. Dies zeige sich an dem exemplarischen Beispiel des § 1359 BGB, der nach herrschender Meinung für nichteheliche Lebensgemeinschaften entsprechend gilt.⁵⁴⁹ Im Übrigen geht auch der Hinweis darauf fehl, dass Ausnahmenvorschriften nicht analogiefähig seien.⁵⁵⁰

Somit kommt es maßgebend auf die teleologische und historische Interpretation an. Der entscheidende Sinn und Zweck der Norm liegt darin, den Gläubiger vor Vermögensverschiebungen innerhalb einer Ehe zu schützen. Das gleiche Schutzinteresse besteht jedoch gerade auch bei einer nichtehelichen Lebens-

⁵⁴⁸ FG Niedersachsen BB 1991, 1996 f.; AG Eschweiler FamRZ 1992, 942 (für § 1362 Abs. 2 BGB); AG Berlin-Neukölln DGVZ 1966, 24; *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 28 u. § 1362 Rn. 1; *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 ff. Rn. 266; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, § 1362 Rn. 10; *Kemper*, in: HandKomm-BGB, § 1362 Rn. 1; Thomas/Putzo, 27. Auflage, § 739 Rn. 7; *Heßler*, in: MünchKomm-ZPO, § 739 Rn. 19; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 43 II Rn. 7; Baumgärtel/Laumen, § 1362 Rn. 5; *Knoche*, S. 196 ff.; *Messerle*, JuS 2001, 28, 35; *Weimar*, JR 1982, 323; *Diedrichsen*, FamRZ 1988, 889, 891; *Diedrichsen*, NJW 1983, 1017, 1019; *Thran*, NJW 1995, 1458; *Schilken*, RPfeger 1994, 138, 139; BGH JZ 2007, 528 m. Anm. *Roth*, in: JZ 2007, 530; *Holzhauser*, in: Hausmann/Hohloch, S. 328 ff.; *Braun*, AcP 196 (1996), 557, 562 ff.; *Schuschke*, in: Schuschke/Walker, Vor §§ 739-745, Rn. 4; *Rolland*, § 1362 Rn. 5; *Bosch*, FamRZ 1986, 676, 677; *Arnold*, ZJP 105 (1992), 430, 431; *Wacke*, ZJP 105 (1992), 436, 437; *Pawlowski*, ZJP 96 (1983), 391, 392; *Erchinger*, S. 51 ff.; *Burhoff*, FPR 2001, 18, 22; *Löhning/Würdinger*, FamRZ 2007, 1856, 1858; zustimmend wohl auch *Harke*, FamRZ 2006, 88.

⁵⁴⁹ Vgl. dazu OLG Oldenburg NJW 1986, 2259; OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 940.

⁵⁵⁰ Vgl. *Löhning/Würdinger*, FamRZ 2007, 1856.

gemeinschaft für den Gläubiger.⁵⁵¹ Der Hinweis von *Pawlowski*, dass der entscheidende Anknüpfungspunkt bei § 739 Abs. 1 ZPO gerade die „Wohngemeinschaft“ und nicht die eheliche „Lebensgemeinschaft“ sei, ist zutreffend.⁵⁵² Denn der Gläubigerschutz muss nach dem Telos der Norm auch bei eng in einer Wohngemeinschaft zusammenlebenden Partnern eingreifen.

Man stelle sich die Situation vor, dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft faktisch seit ca. 30 Jahren besteht und beide Partner sich konkludent darüber einig sind, dass alle vermögenswerten Gegenstände, die sich in der gemeinsamen Wohnung befinden, von beiden Teilen gleichermaßen genutzt werden und auch beiden Partner gleichermaßen eigentumsrechtlich gehören. Dann erscheint es unbillig, die Vermutungsregelung des § 1362 Abs. 1 BGB letztenendes davon abhängig zu machen, ob eine Ehe zwischen den beiden Partnern besteht. Denn in beiden Fällen sind sich die Partner über die vermögensrechtliche Zuordnung innerhalb der Wohnung einig und somit besteht bei einer eventuellen Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher die gleiche Problematik der Vermögensverschleierung auch bei denjenigen Lebenspartnern, die nicht verheiratet sind. Daher ist das Schutzinteresse des Gläubigers in beiden Fällen identisch.

Ferner ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft entgegen der erstgenannten Ansicht nicht undefinierbar. Der Gerichtsvollzieher kann im Laufe der Zeit einen gewissen Erfahrungswert sammeln, inwiefern es sich im Einzelfall bereits um eine eheähnliche Lebensgemeinschaft handelt. Dem Gerichtsvollzieher diese Beurteilung abzusprechen, sie aber einem Mitarbeiter des Arbeitsamtes im Rahmen des § 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II ohne weiteres zuzutrauen, überzeugt nicht.⁵⁵³

⁵⁵¹ Vgl. auch *Erchinger*, S. 58; *Lieb*, Gutachten A, S. 81; *Messerle*, JuS 2001, 28, 35.

⁵⁵² *Pawlowski*, Z郑 96 (1983), 391, 392.

⁵⁵³ *Thran*, NJW 1995, 1458, 1460 m. H. auf BVerfGE 87, 234 = NJW 1993, 643, 644.

Abschließend überzeugt auch die historische Argumentation der teilweise vertretenen Auffassung nicht. Das „soziale Phänomen“ des rasanten Anstiegs der Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften ist erst seit etwa Anfang der siebziger Jahre bekannt, wie auch das Bundesverfassungsgericht bereits anmerkte.⁵⁵⁴ Selbst der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im Jahre 1993 die analoge Anwendbarkeit des § 563 BGB (§ 569a Abs. 2 BGB a.F.) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften unter anderem damit begründet, dass der Gesetzgeber von 1964 die Entwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht voraussehen konnte und es daher einer entsprechenden Anwendung bedürfe.⁵⁵⁵

Zu Recht stellen *Löhnig* und *Würdinger* die Frage, ob es „allein auf den Gesetzgeber als Textautor“ ankommt oder vielmehr davon auszugehen ist, dass „sich der Gesetzestext [...] von seinem Autor löst und als solcher einen eigenständigen Bedeutungsgehalt in sich trägt“.⁵⁵⁶ Es sei zunächst davon auszugehen, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften anfänglich „nicht im Regelungsplan des BGB-Gesetzgebers enthalten (waren)“. Überdies dürfte auch kaum ein Regelungsbedürfnis bestanden haben. Durch das „massenhafte Ansteigen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ sei jedoch eine planwidrige Regelungslücke im Nachhinein entstanden. Daran ändere auch das Schweigen des Gesetzgeber zu einem außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsvorhabens liegenden Bereich nichts. Dies stelle „keine rechtspolitische Absage“ an eine Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften dar.⁵⁵⁷

Ergänzend sei diesbezüglich noch gesagt, dass aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber bei seinen neueren Gesetzesänderungen die Thematik nicht aufgegriffen und § 1362 Abs. 1 BGB nicht angepasst hat, nicht einfach geschlossen werden kann, er wolle keine entsprechende Vermutungswirkung für nicht-

⁵⁵⁴ BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, 1593, 1594; vgl. auch *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 ff. Rn. 266.

⁵⁵⁵ BGH NJW 1993, 999, 1000.

⁵⁵⁶ *Löhnig/Würdinger*, FamRZ 2007, 1856.

⁵⁵⁷ *Löhnig/Würdinger*, FamRZ 2007, 1856, 1857.

eheliche Lebensgemeinschaften.⁵⁵⁸ Wie sich aus den Gesetzesmaterialien aus dem Jahre 1995 ergibt, wollte der Gesetzgeber diese Thematik im Zusammenhang mit anderen Fragen aus dem Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgreifen bzw. erörtern.⁵⁵⁹ Daraus kann jedoch nicht auf einen generellen Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, dass eine Anwendung der Vermutungsregelung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften per se nicht gewollt sei.⁵⁶⁰

Im Übrigen ist der Hinweis von *Röthel* zum Ausgleich bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, dass sich gerade aus dem Fehlen von gesetzlichen Regelungen „eine gesteigerte Legitimation richterlicher Ausgleichsansprüche“ ergebe, zutreffend.⁵⁶¹ Dies kann auch im vorliegenden Fall auf die gesetzliche Vermutung des § 1362 Abs. 1 BGB übertragen werden. Dort wo vergleichbare Regelungen für eheähnliche Lebensgemeinschaften fehlen, gebietet der Grundsatz der richterlichen Rechtsfortbildung eine entsprechende Anwendung.

VI. Stellungnahme

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs mag für sich genommen schlüssig und konsequent klingen, jedoch ist sie angesichts der sich ändernden Partnerschaftsverhältnisse in unserer heutigen Zeit eine falsche Signalwirkung sowohl für die Gesellschaft als auch für den Gesetzgeber.⁵⁶² Obwohl der 9. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs den zunehmenden „Trend“ hin zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft erkennt, trägt er diesem in der heutigen Zeit nicht angemessen Rechnung. Mit einer Bejahung der analogen Anwendbarkeit hätte der Bun-

⁵⁵⁸ So auch *Messerle*, JuS 2001, 28, 35, die auf die „Schaffung der §§ 1362 BGB, 739 ZPO“ abstellt; vgl. auch *Löhning/Würdinger*, FamRZ 2007, 1856, 1857.

⁵⁵⁹ BT-Drucks. 13/341, 12.

⁵⁶⁰ So aber BGH NJW 2007, 992, 993 – Rz. [17].

⁵⁶¹ *Röthel*, Jura 2006, 641, 649.

⁵⁶² Vgl. vielmehr die zutreffende Aufforderung des Bundesverfassungsgericht in NJW 2007, 1735, 1741 – Rz. [76, 77].

desgerichtshof die allgemeine Entwicklung zur gesetzlichen Annäherung der nichtehelichen an die eheliche Lebensgemeinschaft in der Weise unterstützt, dass dann ein erhöhter Druck auf den Gesetzgeber in Berlin entstanden wäre. Stattdessen wählt der Bundesgerichtshof die eher sanfte und versöhnliche Art, indem er dem gesetzgeberischen Willen Vorrang vor einer richterlichen Rechtsfortbildung lässt. Außerdem überlässt er es dem Gesetzgeber Abhilfe für die momentan missliche Gesetzessituation zu schaffen, wenn dieser es denn wolle.

Besonders hervorzuheben ist noch der Umstand, dass der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 13.01.1993 bereits entschied, „dass (allein) das Fehlen einer formalen rechtlichen Bindung die analoge Anwendung des § 569a Abs. 2 BGB nicht ausschließen kann“. ⁵⁶³ Des Weiteren sei nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die eheähnliche Gemeinschaft nicht weniger schutzwürdig als die sonstigen Familienangehörigen. Es wäre mit der allgemeinen herrschenden Wertvorstellung nicht vereinbar, einem „langjährigen Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft (das Eintrittsrecht des § 563 Abs. 1 S. 1 BGB) zu versagen“, welches jedoch den sonstigen „weitläufig Verwandten oder Verschwägerten“ zustünde. ⁵⁶⁴

Diese Erörterungen, die der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Jahre 1993 zu § 569a Abs. 2 BGB (a.F.) traf, sind nicht von der Hand zu weisen. Das bloße Fehlen einer Ehebindung der Lebenspartner schließt in vieler Hinsicht die direkte oder entsprechende Anwendung einer Norm nicht von vorneherein aus. Vielmehr ist in einer ganzen Reihe von Fällen eine sachgemäße Anwendung bestehender gesetzlicher Regelungen auf nichteheliche Lebensgemeinschaften dort angebracht, wo sich der Gesetzgeber bei Erlass der Regelungen offenbar über die Reichweite und Bedeutung der heute bestehenden nichtehelichen Partnerschaften keine Gedanken gemacht hat. Um einen solchen Fall handelt es sich auch bei § 1362 Abs. 1 BGB.

⁵⁶³ BGH NJW 1993, 999, 1001.

⁵⁶⁴ BGH a.a.O.

Zur konkreten Begründung des Bundesgerichtshofs ist im Übrigen noch folgendes zu sagen: Es ist der revisionsrechtlichen Rechtsprechung vorbehalten gemäß § 543 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO eine Rechtsfortbildung zu begründen. Demnach vermag die schlichte Begründung des Bundesgerichtshofs nicht zu überzeugen, dass hier ein Fall der richterlichen Rechtsfortbildung wegen Verstoßes gegen das Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht gegeben sei. Diese Situation stellt sich vielmehr immer dann, wenn sich ein oberstes Bundesgericht für eine Analogiebildung entscheidet. Denn dadurch wird automatisch das Gesetzgebungsrecht des Parlaments tangiert, indem entgegen dem Gesetzeswortlaut und dem dahinterstehenden ursprünglichen Zweck entschieden wird. Insofern ist die Argumentation mit Blick auf die Vielzahl der Analogieannahmen – auch des Bundesgerichtshofs selbst – inkonsequent.

Es hätte eine bessere Signalwirkung – für den auf dem Gebiete der nichtehelichen Lebensgemeinschaft seit Jahren untätigen Gesetzgeber – gehabt, wenn sich der 9. Zivilsenat hier zumindest dafür ausgesprochen hätte, dass die momentane Rechtslage eine analoge Anwendung gebiete, er sich aber auf Grund des Gewaltenteilungsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 zu einer dementsprechenden Entscheidung nicht in der Lage sähe.

H. Vertragsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaften

I. Einführung

Eine Möglichkeit der punktuellen oder umfassenden Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften bietet das Vertragsrecht. Danach können die Lebenspartner einen oder mehrere Verträge schließen, in denen beispielsweise über das Zusammenleben in der eheähnlichen Gemeinschaft, über die Vermögens- und Unterhaltstatbestände nach Beendigung der Lebensgemeinschaft oder über das Sorgerecht eines gemeinsamen Kindes Regelungen getroffen werden. Hierbei besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, so dass die konkreten Regelungen zur Disposition der Lebenspartner stehen. Ihnen stünde so etwa die Möglichkeit offen, ihre nichteheliche Lebensgemeinschaft ähnlichen Rechtswirkungen wie einer Ehe zu unterwerfen. Auf die vielfachen Formen der Vertragsgestaltung, die einzelnen materiellen Inhalte sowie die Grenzen der Privatautonomie wird hierzu im Folgenden eingegangen.

II. Vertragliche Regelungen

1. Konkludente Partnerschaftsverträge

Zunächst besteht die Möglichkeit der Annahme eines konkludenten Partnerschaftsvertrages. Dies würde bedeuten, dass die nichtehelichen Lebensgefährten stillschweigend – also ohne ausdrücklichen mündlichen oder schriftlichen Vertragsschluss – gewisse Rechtsregelungen für ihr Zusammenleben als verbindlich ansehen. Diese konkludente Annahme wird im Wesentlichen von *Roth-*

Stielow vertreten.⁵⁶⁵ Demnach ergebe sich allein aus dem Zusammenleben der nichtehelichen Lebenspartner die „Verpflichtung zu einem geordneten Auseinandergehen“.⁵⁶⁶

Der Vorteil dieser Ansicht liegt darin, dass sie eine gewisse Rechtssicherheit bietet. Allen nichtehelichen Lebensgemeinschaften läge grundsätzlich ein sozial-adäquater Mindestvertrag zu Grunde, auf den bei rechtlichen Streitigkeiten im Zweifelsfalle gerichtlich zurückgegriffen werden könnte. Legt man diesen Mindeststandard nun nahe an den gesetzlichen Regelungen zur ehelichen Lebensgemeinschaft aus, erreicht man das erwünschte Ziel, dass gerade keine Rechtsunsicherheit etwa bei Beendigung der nichtehelichen Gemeinschaft bestünde.

Jedoch würde diese Vertragsannahme sehr weit gehen und massiv in die verfassungsrechtlich geschützte Vertragsfreiheit des einzelnen Lebenspartners eingreifen.⁵⁶⁷ In den meisten Fällen werden sich die Beteiligten „keine Gedanken über die rechtlichen Folgen ihres Zusammenlebens (machen)“.⁵⁶⁸ Somit ist dieser Vertragsansatz mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur abzulehnen.⁵⁶⁹

Im Übrigen ist ein konkludenter, mündlicher Vertragsschluss auch vor dem Hintergrund des Schriftformerfordernisses gemäß §§ 780, 126 Abs. 1 BGB problematisch.

Die Rechtsprechung hatte sich bislang nur vereinzelt mit derartig gelagerten

⁵⁶⁵ *Roth-Stielow*, JR 1978, 233, 236; vgl. auch *Roth-Stielow*, in: RGRK, Vor § 1353, Rn. 31 f.

⁵⁶⁶ Vgl. dazu *Grziwotz*, S. 21.

⁵⁶⁷ so auch *de Witt/Huffmann*, Rn. 71 u. *Hohloch*, JuS 1980, 529; vgl. auch OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050, 2051; OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509.

⁵⁶⁸ *Grziwotz*, S. 21; Schlüter und Belling sprechen in diesem Zusammenhang vom „fehlenden Rechtsfolgewillen“, vgl. dazu *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 409; vgl. auch BGH FamRZ 1983, 1213, 1214, wo der Bundesgerichtshof davon ausgeht, dass „(rechtliche Bindungen und rechtlich verbindliche Geschäfte) in einer eheähnlich geführten Lebensgemeinschaft [...] in aller Regel nicht gewollt (sind), sondern die Ausnahme (darstellen)“.

⁵⁶⁹ Vgl. statt vieler *Bartsch*, JR 1979, 364; *Brühl*, FamRZ 1978, 859; *Giesen*, JZ 1982, 817, 820; *Strätz*, FamRZ 1980, 301, 305 f.; *de Witt/Huffmann*, Rn. 70; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 10.

Fällen zu beschäftigen. Dem Bundesgerichtshof lag im Jahre 1985 eine Streitigkeit über einen vertraglich fixierten Unterhaltsanspruch zu Gunsten der nichtehelichen Mutter und dem gemeinsamen Kind vor.⁵⁷⁰ Die hierbei ungeregelte Frage der Unterhaltsdauer legte das Gericht nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gemäß §§ 133, 157 BGB dahingehend aus, dass eine dem § 1570 BGB entsprechende Regelung konkludent getroffen werden sollte.⁵⁷¹

Das Oberlandesgericht Frankfurt wies in seinem Beschluss vom 23.10.1981 daraufhin, dass es das „typische Risiko einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft (ist), wenn und soweit es die Partner unterlassen, schon zu Lebzeiten oder für den Todesfall besondere (vertragliche) Regelungen zu treffen“.⁵⁷² Im konkreten Fall konnten sich daher „mangels einer Rechtsgrundlage“ keine Ausgleichsansprüche zwischen den nichtehelichen Lebenspartnern ergeben.⁵⁷³

Hierbei muss jedoch folgender Umstand berücksichtigt werden: Bei Eingehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft werden sich die Partner regelmäßig noch keine Gedanken über deren Auflösung machen. Das Problem wird sich dann jedoch im Laufe der Lebensgemeinschaft ergeben. Der wirtschaftlich schwächere Partner kann ein Interesse an einer vertraglichen Absicherung haben, während sich der wirtschaftlich stärkere Partner wohl keinen ihn belastenden Vertragsregelungen unterwerfen wird. Im Ergebnis kommen daher auch nur selten Partnerschaftsverträge zustande.

⁵⁷⁰ BGH NJW 1986, 374.

⁵⁷¹ BGH NJW 1986, 374; vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 1989, 624.

⁵⁷² OLG Frankfurt NJW 1982, 1885, 1886; ähnlich auch OLG Oldenburg NJW 1986, 1817.

⁵⁷³ OLG Frankfurt NJW 1982, 1885.

2. Ausdrückliche Partnerschaftsverträge

Die Rechtsprechung⁵⁷⁴ und die überwiegende Ansicht in der Literatur⁵⁷⁵ erkennt ausdrücklich geschlossene vertragliche Regelungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft an. Teilweise werden Vertragsregelungen für sinnvoll gehalten⁵⁷⁶ oder sogar dringend empfohlen.⁵⁷⁷

Einer teilweise im Schrifttum vertretenen Meinung zufolge, sei ein Vertragsschluss bei nichtehelichen Lebensgemeinschaft jedoch „realitätsfremd“, da er in der Praxis nur selten vorkomme.⁵⁷⁸

Nach der bereits angesprochenen Studie aus dem Jahre 1985 lässt sich ein Bewusstsein bei nichtehelichen Lebenspartnern, in einer „rechtlich ungesicherten Form (zu) leben“, nicht erkennen.⁵⁷⁹ Demnach liegen Regelungen zum Ausgleich oder zur Aufteilung bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig nicht vor.

Die Vertragsregelungen – vor allem im Unterhalts- und Vermögensrecht – laufen dabei im Grundsatz auf ein abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB hinaus. Hinsichtlich der formellen Erfordernisse bedarf ein derartiges selbstständiges Schuldversprechen nach überwiegender Ansicht in der Literatur der Schriftform gemäß §§ 780, 126 Abs. 1 BGB.⁵⁸⁰ In materieller Hinsicht empfiehlt es sich die Vereinbarungen auf vermögensrechtliche Angelegenheiten zu

⁵⁷⁴ Vgl. nur OLG Köln FamRZ 2001, 1608.

⁵⁷⁵ Vgl. statt vieler *Hoffmann*, in: Rotax-FamPrax, Teil 13, Rn. 15; *Weinreich*, in: Weinreich/Klein, neLG Rn. 22; *Schwenzer*, Model Family Code, S. 82; *Messerle*, JuS 2001, 28, 31; *Lieb*, Gutachten A, S. 11; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 9, jedoch mit dem Hinweis, dass derartige Verträge „mutmaßlich wenig Anklang finden (werden)“.

⁵⁷⁶ *Kunigk*, Jura 1980, 512, 520; vgl. auch Ehinger, FPR 2001, 25, 28 und *Bosch*, FamRZ 1980, 849, 853; *Seidl*, S. 280.

⁵⁷⁷ *Schreiber*, NJW 1993, 624; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1025; *Scholz*, ZRP 1981, 225, 230; *Giesen*, S. 245; *Beitzke/Lüderitz*, S. 36 f.; ähnlich auch *Coester-Waltjen*, NJW 1988, 2085, 2087.

⁵⁷⁸ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302, Rn. 14; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 9; *Strätz*, FamRZ 1980, 301, 305 f.; *Schreiber*, NJW 1993, 624; vgl. auch *Stab*, ZRP 1988, 355, 356.

⁵⁷⁹ BM f. Jugend, Familie und Gesundheit, neLG in der BRD, S. 173.

⁵⁸⁰ *Hoffmann*, in: Rotax-FamPrax, Teil 13, Rn. 16;

beschränken.⁵⁸¹ Dies dürfte sich auch mit dem beiderseitigen Interesse der Lebenspartner decken, die im Falle der Beendigung der Beziehung Rechtsklarheit über wertvolle gemeinsame Anschaffungen, wie etwa Immobilien, haben möchten.

Allerdings können Regelungen über die Aufteilung des gemeinsam gebildeten Vermögens ebenso wichtig sein, wie die Frage eines möglichen Unterhaltsanspruches des nichtehelichen Lebenspartners gegen den anderen, etwa wegen Niederlegung der Erwerbstätigkeit.⁵⁸² Eine angemessene Regelung könnte z.B. lauten:

§ 1

(1) Besteht die nichteheliche Lebensgemeinschaft zwischen den hier vertragsschließenden Parteien länger als zehn Jahre, so erhält bei deren Beendigung derjenige Lebenspartner, der bei Geburt des ersten gemeinsamen Kindes seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hat, von dem anderen Lebenspartner für die Dauer von fünf Jahren eine Unterhaltsrente in Höhe von 40% des jeweiligen Nettoverdienstes.

(2) Der verdienende Lebenspartner verpflichtet sich im Falle der Geburt eines gemeinsamen Kindes und der damit verbundenen Niederlegung der Erwerbstätigkeit des anderen, für diesen in geeigneter Weise (z.B. durch Abschluss einer Lebensversicherung) eine Altersversorgung einzurichten.

(3) Nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird für den Fall, dass keine gemeinsamen Kinder vorhanden sind, kein Unterhalt gewährt.

⁵⁸¹ Grziwotz, S. 54; ähnlich Oberto, FamRZ 1993, 1, 3; vgl. Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 9, der vertragliche Regelungen im persönlichen Bereich für nicht möglich hält; vgl. auch BGHZ 79, 372 = NJW 1986, 2043; ähnlich auch Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 843.

⁵⁸² Vgl. hierzu die Musterformulierungen bei Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 850 ff.

Eine vermögensrechtliche Regelung – hier hinsichtlich einer gemeinsamen Wohnung – könnte etwa so aussehen:

§ 2

- (1) Im Falle der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird die Wohnung in der ... Straße in ... verkauft. Von dem erzielten Verkaufspreis erhalten die unterzeichnenden Parteien je die Hälfte.
- (2) Eine der unterzeichnenden Parteien kann die Immobilie auch für sich erwerben, indem sie dem anderen Teil die Hälfte des Marktwertes zahlt.

Zugegebenermaßen können selbst klare Vertragsregelungen, die sich am ehelichen Zugewinnausgleich orientieren, lückenhaft sein.⁵⁸³ Ein wesentliches Instrument zur Absicherung des Zugewinnausgleichs ist – neben der Teilungsversteigerung – das in § 1365 BGB normierte Verfügungsverbot. Dieses kann jedoch wegen § 137 BGB nicht im Wege eines Rechtsgeschäfts zwischen nichtehelichen Lebensgefährten vereinbart werden. Somit weist die Vertragsregelung an dieser Stelle einen erheblichen Nachteil auf, gibt allerdings dem schwächeren Partner zumindest einen rechtlichen Anspruch auf Teilhabe an den Vermögensgegenständen des anderen bei Beendigung des Zusammenlebens.

Weitere typische Regelungsinhalte im Rahmen des Vermögensrechts betreffen erbrechtliche Regelungen sowie Regelungen über den Schuldenausgleich im Falle der Trennung. Auch die Aufteilung der Hausratsgegenstände nimmt einen wichtigen Teil ein, was sich dadurch zeigt, wie viele eherechtliche Streitigkeiten es allein in diesem Rechtsgebiet gibt.

⁵⁸³ Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 54.

Im Hinblick auf § 1626a Abs. 1 Nr. BGB empfiehlt sich auch eine gemeinsame Sorgerechtsregelung. Diese sollte bereits vor der Geburt des Kindes getroffen werden. Ebenso wichtig können Vertretungs- bzw. Vollmachtenregelungen sein.⁵⁸⁴ Hierbei ist eine Formulierung in Annäherung an § 1357 Abs. 1 BGB möglich, wonach die nichtehelichen Lebenspartner den jeweils anderen bei „Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs“ wirksam berechtigen und verpflichten können.⁵⁸⁵ Zur Absicherung in Notfällen empfiehlt es sich auch im Falle von Krankheit und Unterbringung möglichst umfassende Regelungen zu treffen.⁵⁸⁶

Einer der wesentlichen Gründe, dass die nichtehelichen Lebenspartner auch bei längerem Zusammenleben keine vertraglichen Vereinbarungen eingehen, liegt nach Angaben des Bundesministeriums für Jugend, Familie und Gesundheit aus dem Jahre 1985 darin, dass sich die Partner hierrüber „überhaupt keine Gedanken machen“ bzw. darauf vertrauen, dass „alles gut gehen werde“.⁵⁸⁷ Wichtig erscheint mir in diesem Zusammenhang, dass sowohl der Prozentsatz bei Partnerschaften, die über einen Partnerschaftsvertrag auf der einen Seite und Ehepaaren, die über einen Ehevertrag auf der anderen Seite verfügen, nahezu identisch ist. In beiden Fällen liegen etwa bei zehn Prozent der nichtehelichen bzw. ehelichen Lebensgemeinschaften Vertragschlüsse vor.⁵⁸⁸ Die Beweggründe, weshalb die Partner häufig keine Zusammenlebensverträge schließen, decken sich ebenfalls. Auch Eheleute gehen bei ihrer Eheschließung davon aus, dass im Falle einer Scheidung keine größeren Probleme auftreten werden. An dieser Stelle ist jedoch anzumerken, dass es im Falle der Scheidung einer Ehe auch umfassende Ausgleichsregelungen im 4. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt, was bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften gerade nicht

⁵⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich *Grziwotz*, FPR 2001, 45.

⁵⁸⁵ *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 863.

⁵⁸⁶ *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 864; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 903.

⁵⁸⁷ BM f. Jugend, Familie und Gesundheit, neLG in der BRD, S. 87 f., demnach treffen lediglich 20 Prozent aller nichtehelichen Paare entsprechende Vereinbarungen, wobei 11 % mündlich, 8 % schriftlich und 2 % notariell abgeschlossen werden.

⁵⁸⁸ Vgl. *Grziwotz*, S. 49.

der Fall ist. Deshalb besteht rein tatsächlich bei Ehepartnern kein so hohes finanzielles Risiko beim Fehlen einer Vertragsvereinbarung.

3. Sittliche Pflicht

In seiner Entscheidung vom 10.11.1982 hatte der Bundesgerichtshof aus einem langjährigen Zusammenleben zweier nichtehelicher Lebenspartner einen Unterhaltsanspruch wegen Vorliegens einer moralischen Pflicht bejaht.⁵⁸⁹ Er sah es als angemessen an, bei einem 17-jährigen nichtehelichen Zusammenleben einen Unterhaltsanspruch zu Gunsten der Lebensgefährtin anzunehmen, weil der mittlerweile verstorbene Mann für diese Sorge zu tragen habe und „(ihre) wirtschaftliche Existenz nach dem eigenen Tode in angemessener Weise zu sichern (hat)“.⁵⁹⁰ Im konkreten Fall hatte der verstorbene Mann seiner Lebensgefährtin in seiner letztwilligen Verfügung eine Darlehensschuld in Höhe von ca. 250.000 DM erlassen. Dies stelle keine „familienfeindliche Gesinnung“ des Erblassers dar, weil ein so genanntes „Geliebten-Testament“ nur in „ganz besonders kraß gelagerten Ausnahmefällen als sittenwidrig angesehen werden (kann)“.⁵⁹¹

Auch der Bundesfinanzhof bejahte im Jahre 1993 einen Anspruch auf Unterhaltsleistungen „bei Bedürftigkeit des Partners, (wenn diese) gemeinschaftsbedingt ist und besondere Umstände vorliegen, die die Unterhaltsgewährung bei Würdigung der gesamten Umstände als unausweichlich erscheinen lassen“.⁵⁹² Im konkreten Fall wurde dem „hilfesuchenden Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft die Sozialhilfe versagt“, so dass sich „nach Auffassung des Senats für den einkünftebeziehenden Partner die Notwendigkeit ergeben (hat), den

⁵⁸⁹ BGH NJW 1983, 674.

⁵⁹⁰ BGH NJW 1983, 674, 676.

⁵⁹¹ BGH a.a.O.

⁵⁹² BFHE 172, 516 = NJW 1994, 2911.

hilfsbedürftigen Partner durch eigene Zahlungen zu unterhalten“.⁵⁹³ Dies gelte nach Ansicht des Bundesfinanzhofs jedenfalls dann, wenn der Lebensgefährte über ein derart hohes Einkommen und Vermögen verfüge, dass der Sozialhilfeanspruch entfalle.⁵⁹⁴

Ebenso wie bereits das Bundessozialgericht am 10.03.1993⁵⁹⁵ klargestellt hatte, geht auch der Bundesfinanzhof in der soeben genannten Entscheidung davon aus, dass sich „weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen“ ein Unterhaltsanspruch bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergebe. Aus „sittlichen Gründen“ sei auch nicht zwangsläufig ein Anspruch wegen langjährigen Zusammenlebens oder „wegen der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung“ gegeben. Es müssen vielmehr besondere Umstände vorliegen, die einen Unterhaltsanspruch „unausweichlich“ machen.

Eine sittliche Pflicht im Sinne von § 534 BGB hat ferner das OVG Schleswig in seiner Entscheidung vom 01.08.1991 bejaht.⁵⁹⁶ Hierfür setzte es eine dauerhafte Beziehung voraus, die sich „nach außen erkennbar als derart beständig erwiesen hat, dass es nach dem Urteil aller billig und gerecht Denkenden gegen ein Gebot des Anstandes verstoßen würde, gewährte der verdienende Partner dem hilfsbedürftigen Partner keinen Unterhalt“. Die sittliche Pflicht zur tatsächlichen Unterhaltsgewährung trete nach Ansicht des OVG Schleswig „regelmäßig nach einjährigem eheähnlichen Zusammenleben ein“.⁵⁹⁷ Im konkreten Fall beehrte ein Beamter einen Zuschlag für die Zeit des vorehelichen Zusammenlebens.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in einem ähnlich gelagerten Fall der großzügigen Entscheidung des OVG Schleswig in seiner Tendenz nicht gefolgt.⁵⁹⁸ Seiner Ansicht nach sei „keiner der Partner [...] sittlich verpflichtet, das Zusammen-

⁵⁹³ BFH NJW 1994, 2911, 2912.

⁵⁹⁴ BFH a.a.O.

⁵⁹⁵ BSGE 72, 125 = NJW 1993, 3346, 3347

⁵⁹⁶ OVG Schleswig NJW 1992, 258.

⁵⁹⁷ OVG a.a.O.

⁵⁹⁸ BVerwG NVwZ-RR 1991, 309.

leben und die damit etwa verbundenen Unterkunfts- und Unterhaltsgewährung - und sei es auch nur vorübergehend – aufrechtzuerhalten“.⁵⁹⁹ Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass das Fortbestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft „im freien Entschluß der Partner liegt“.⁶⁰⁰

4. Gesellschaftsrechtlicher Ansatz

Auf Grund des fehlenden Rechtsbindungswillens bei Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird das Vorliegen eines vermögensrechtlichen Ausgleichsanspruchs erheblich erschwert. Daher beschränkt sich die hierzu ergangene Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs auf besondere Ausnahmefälle, in denen ein Lebensgefährte ganz erhebliche Beiträge zum Vermögenserwerb des anderen Lebenspartners erbracht hat. Hierbei konstruierte das Gericht ohne Vorliegen eines tatsächlichen Vertragsschlusses ein so genanntes „faktisches Gesellschaftsverhältnis“ und erkannte der finanziell unterlegenen Partei einen Ausgleichsanspruch aus Billigkeitserwägungen zu. Der nunmehr für Rechtsstreitigkeiten von nichtehelichen Lebensgemeinschaften zuständige 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs lässt eine Änderung in der bisherigen Rechtsprechung erkennen.

a) Frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hatte erstmals am 01.04.1965 eine Entscheidung zur Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auf die Vermögensauseinandersetzung bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu treffen.⁶⁰¹ Hierbei bejahte das Gericht die Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts

⁵⁹⁹ BVerwG NVwZ-RR 1991, 309, 310.

⁶⁰⁰ BVerwG NVwZ-RR 1991, 309, 310; vgl. auch bereits BVerwG NJW 1982, 2885.

⁶⁰¹ BGH FamRZ 1965, 368.

für den Fall, dass die beiden nichtehelichen Lebenspartner durch jahrelange gemeinsame Arbeit, Bereitstellung von Geldmitteln und anderen Leistungen zum Bau und zur Erhaltung eines zwar auf den Namen des Mannes eingetragenen, aber als gemeinsames Vermögen betrachteten Wohnhauses beigetragen hatten. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass die Lebenspartner bei dem Erwerb des Wohnhauses die Absicht hatten, dass der Vermögensgegenstand sowohl gemeinsam benutzt werden als auch den Parteien gemeinsam gehören sollte, sie also einen „gemeinschaftlichen Wert“ schaffen wollten.⁶⁰²

In einer späteren Entscheidung vom 24.03.1980 lehnte der Bundesgerichtshof eine Vermögensabwicklung über die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze ab.⁶⁰³ Es reiche für die Annahme einer Gesellschaft nicht aus, dass die nichtehelichen Lebenspartner lediglich „eine Lebensgemeinschaft eingegangen sind, in dem Haus gelebt und wohl auch gehofft haben, (beide) werden darin bis ans Ende (ihres) Lebens noch viele Jahre [...] verbringen können“.⁶⁰⁴

Auch in der Entscheidung vom 23.02.1981 verneinte der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts.⁶⁰⁵ Im konkreten Fall musste der Mann, um ein Darlehen zur Anschaffung eines neuen PKW von seiner Bank zu erhalten, erst ein noch offenes Darlehen von ca. 3.000 DM begleichen. Seine Lebensgefährtin gab ihm hierzu die notwendigen 3.000 DM, indem Sie ihrerseits ein Darlehen aufnahm. Von dem nunmehr von der Bank des Mannes gewährten Darlehen kaufte sich dieser einen Gebrauchtwagen. Nach Beendigung der Beziehung forderte die Lebensgefährtin die früher gewährten 3.000 DM zurück, weil es sich ihrer Ansicht nach um eine Darlehensgewährung gehandelt habe. Das Gericht lehnte einen Ausgleichsanspruch aus Gesellschaftsrecht ab, da das Fahrzeug dem Mann allein gehören sollte. Die Lebensgefährtin verfügte ihrerseits über ein eigenes Auto, so dass sie auf den PKW des Mannes nicht an-

⁶⁰² BGH a.a.O.

⁶⁰³ BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520.

⁶⁰⁴ BGH NJW 1980, 1520.

⁶⁰⁵ BGH NJW 1981, 1502.

gewiesen sein konnte.⁶⁰⁶ Ferner stellte das Gericht fest: „Selbst wenn aus der Möglichkeit, das Fahrzeug des (Mannes) mitzubেনutzen, ein Mitbesitz der (Lebensgefährtin) herzuleiten wäre, könnte daraus angesichts des wirtschaftlich und rechtlich gewollten Alleineigentums des (Mannes) aus § 742 BGB keine Vermutung des Inhalts hergeleitet werden, daß nach Beendigung der Lebensgemeinschaft nach §§ 752 ff. BGB etwas auseinanderzusetzen oder dem Werte nach auszugleichen wäre“.⁶⁰⁷

Im Ergebnis sprach der Bundesgerichtshof hier jedoch einen Anspruch aus § 670 BGB zu.

In der wohl wichtigsten Entscheidung zum Themenkomplex setzte sich der Bundesgerichtshof am 12.07.1982 ausführlich mit dem gesellschaftsrechtlichen Lösungsansatz auseinander.⁶⁰⁸ Hierbei entwickelte das Gericht erstmals eine in entsprechender Anwendung der §§ 730 ff. BGB zu behandelnde Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ohne jeglichen Vertragsschluss – weder ausdrücklich noch konkludent – zustande kommen könne.⁶⁰⁹ Auf Grund des vorgelegenen Sachverhalts sah es der Bundesgerichtshof als erforderlich an, auch ohne Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Lebensgefährten eine Gesellschaft im Sinne von § 705 BGB anzunehmen.

Im konkreten Fall hatte eine Frau das ihr gehörende Grundstück inklusive der darauf befindlichen Werkstatt Räume ihrem nichtehelichen Lebenspartner zur Errichtung eines Unternehmens zur Verfügung gestellt. Nach dem Tod ihres Lebensgefährten erwarb die Frau auf Grund postmortaler Bankvollmachten Auszahlungsansprüche gegen die Bank in Höhe von ca. 185.000 DM. Diese Summe überwies sie sodann auf ihr eigenes Konto. Später verlangte die geschiedene Ehefrau des verstorbenen Mannes 185.000 DM von der Frau heraus. Diese wendete hiergegen ein, ihr stehe ohnehin ein Abfindungsanspruch zu, der noch höher als der von ihr entnommene Betrag sei.

⁶⁰⁶ BGH NJW 1981, 1502, 1503.

⁶⁰⁷ BGH a.a.O.

⁶⁰⁸ BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863.

⁶⁰⁹ BGH NJW 1982, 2863, 2864.

Ferner wies das Gericht noch darauf hin, dass keine direkte Anwendbarkeit der Grundsätze über die so genannte „Ehegatteninnengesellschaft“ auf die „Lebenspartnerinnengesellschaft“ möglich sei. „Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen (nämlich im Gegensatz zur ehelichen Solidaritätsgemeinschaft) weder rechtliche Mitarbeitspflichten noch gesetzliche Ausgleichsmöglichkeiten“. ⁶¹⁰ Daher müsse der Umfang und die Qualität der Mitarbeit differenzierter bzw. derart betrachtet werden, dass im Ergebnis „eine Quote der Beteiligung am als gemeinschaftlich behandelten Unternehmen nach Billigkeit [...] (festzustellen ist)“. Da das Gericht im Ergebnis nur eine analoge Anwendung der §§ 730 ff. BGB annahm, seien auch die besonderen Vorschriften über die Anteilsquoten wie etwa §§ 734, 722 BGB nicht zwingend anzuwenden gewesen.

In einem weiteren Fall, den der Bundesgerichtshof am 02.05.1983 zu entscheiden hatte, wendete ein Mann für den beabsichtigten Hausbau seiner Lebensgefährtin 12.000 DM aus seinem Bausparguthaben auf und half durch eigene Mitarbeit an der Errichtung des Zweifamilienhauses. ⁶¹¹ Dieses wurde in den folgenden Jahren fertiggestellt und die Lebensgefährtin räumte dem Mann ein lebenslängliches unentgeltliches Wohnrecht an dem Wohnhaus ein. Nachdem der Mann gestorben war, machten dessen Erben einen Vermögensausgleich gegen die Lebensgefährtin geltend, weil zwischen ihr und dem Verstorbenen in Bezug auf den Hausbau eine Gesellschaft im Sinne von § 705 BGB vorgelegen hätte.

Das Gericht verneinte das Vorliegen einer Gesellschaft im hiesigen Fall, da die Frau Alleineigentum an dem errichteten Zweifamilienhaus erwerben wollte. Die Tatsache, dass der verstorbene Mann ihr bei der Errichtung des Hauses durch seine Mitarbeit geholfen hatte, reiche für die Annahme einer Gesellschaft nicht aus, „weil es in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft auf Grund der persönli-

⁶¹⁰ BGH a.a.O.

⁶¹¹ BGH NJW 1983, 2375.

chen Beziehungen, die auch das wirtschaftliche Handeln der Partner zu bestimmen pflegen, nicht ungewöhnlich ist, daß sie sich selbst bei der Schaffung von Werten gegenseitig unterstützen, ohne dafür eigene Vorteile zu erwarten“. Das Wohnhaus sollte nach den Vorstellungen der nichtehelichen Lebenspartner auch nicht beiden "gemeinsam gehören". Vielmehr wollte die Frau – wie oben bereits erwähnt – Alleineigentum an dem Vermögensgegenstand begründen.⁶¹²

Im Jahre 1985 entschied der Bundesgerichtshof, dass sich ein Auseinandersetzungsanspruch bei gemeinschaftlicher Schaffung von Renditeobjekten während einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gemäß §§ 730 ff. BGB richte.⁶¹³ Derjenige nichteheliche Lebenspartner, der zum Zwecke der Schaffung eines gemeinsamen Vermögenswertes Einlagen getätigt habe, könne diese gemäß § 733 Abs. 2 BGB von dem Mitgesellschafter zurückverlangen. Dem stehe auch § 733 Abs. 2 S. 3 BGB nicht entgegen, weil sich durch die konkreten Arbeitsleistungen – hier Bauleitung, Installation von Heizung und sanitären Anlagen – ein bleibender Wert im Gesellschaftsvermögen niedergeschlagen habe.⁶¹⁴

Im konkreten Fall verwies das Revisionsgericht die Sache jedoch zurück, weil die Frau bereits in erster Instanz zahlreiche – zum Teil auch sehr erhebliche – Mängel an den Ausführungsarbeiten ihres Lebensgefährten dargelegt hatte, die einer weiteren Aufklärung bedurften.

In seinem Urteil vom 04.11.1991 stellte der Bundesgerichtshof fest, dass es gerade „gegen die Absicht der Partner (spricht), mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes [...] einen gemeinschaftlichen Wert [...] schaffen (zu wollen), wenn der eine Partner zwar [...] Leistungen für den Erwerb erbringt, der andere Partner aber Alleineigentümer wird“. ⁶¹⁵ Demnach lehnte der 2. Zivilsenat auch im vorgelegenen Fall einen Ausgleichsanspruch nach Gesellschaftsrecht ab, da

⁶¹² BGH a.a.O.

⁶¹³ BGH NJW 1986, 51.

⁶¹⁴ BGH a.a.O.

⁶¹⁵ BGH NJW 1992, 906, 907.

die Mitfinanzierung zum Erwerb der Eigentumswohnung in Höhe von 75.000 DM durch den Mann für die Lebensgefährtin eine Schenkung im Sinne von §§ 516 ff. BGB dargestellt habe.

Einen fast identischen Fall hatte der Bundesgerichtshof nochmals am 08.07.1996 zu entscheiden.⁶¹⁶ Er rückte dabei jedoch von seiner zuvor regelmäßig angewendeten Formel ab, dass der Erwerb von Alleineigentum eines nicht-ehelichen Lebenspartners regelmäßig gegen eine gemeinsame Wertbildung spreche und daher ein Ausgleichsanspruch nach Gesellschaftsrecht nicht in Betracht käme.

Das Gericht äußerte nunmehr die Ansicht, dass „die Position des Alleineigentümers [...] nicht in jedem Falle als ausschlaggebendes Indiz gegen eine - wirtschaftlich gesehen - gemeinschaftliche Wertschöpfung herangezogen werden (kann)“.⁶¹⁷ Es könne sich vielmehr „im Rahmen einer Gesamtwürdigung [...] bei Vermögenswerten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, wozu in der Regel auch ein gemeinsam erworbenes oder erbautes Haus oder eine gemeinsam gekaufte Eigentumswohnung zählen, (aus) wesentlichen Beiträgen des Partners, der nicht (Mit-)Eigentümer ist, (ein) Anhaltspunkt für eine gemeinschaftliche Wertschöpfung (ergeben)“.⁶¹⁸ Dies lasse sich jedoch nicht generell, sondern nach Auffassung des Gerichts „nur von Fall zu Fall entscheiden und hängt insbesondere von der Art des geschaffenen Vermögenswertes und den finanziellen Verhältnissen der beiden Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft ab“.⁶¹⁹ Im konkreten Fall merkte der Bundesgerichtshof an, dass sich solche Umstände daraus ergeben könnten, dass der Mann ca. ein Drittel des Gesamtkaufpreises von 300.000 DM aus eigenen finanziellen Mitteln beisteuerte.⁶²⁰

⁶¹⁶ BGH NJW-RR 1996, 1473.

⁶¹⁷ BGH a.a.O.

⁶¹⁸ BGH NJW-RR 1996, 1473; vgl. auch OLG Schleswig FamRZ 2002, 84, 885, das "zweifelsfreie Anhaltspunkte für eine gemeinschaftliche Wertschöpfung (erst bei) wesentlichen Beiträgen des Partners" für gegeben sieht.

⁶¹⁹ BGH NJW-RR 1996, 1473.

⁶²⁰ BGH a.a.O.

Ein etwas anders gelagerter Sachverhalt lag dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08.07.1996 zugrunde.⁶²¹ Hierbei schlossen die nichtehelichen Lebenspartner Lebensversicherungen zu Gunsten des jeweils anderen ab. Als die Frau jedoch mit einem anderen Mann die Ehe schloss, widerrief sie die Bezugsberechtigung hinsichtlich ihres vorherigen Lebensgefährten, während dieser keinen Widerruf erklärte. Einige Zeit darauf verstarb der frühere Lebensgefährte der nunmehr verheirateten Frau. Seine gesetzlichen Erben machten fortan einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages aus der Lebensversicherung in Höhe von ca. 50.000 DM gegen die verheiratete Frau geltend. Diesen Anspruch verneinte der Bundesgerichtshof, während das Oberlandesgericht Naumburg als Berufungsgericht einen Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch bejaht hatte. In der Begründung führte das Revisionsgericht zunächst aus, dass hier die Frage der Ausgleichspflicht nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen offen bleiben konnte. Entscheidend sei in der vorliegenden Konstellation, dass es sich im Gegensatz zu den vorherigen Fällen um eine „jederzeit frei widerrufliche (Leistung)“ gehandelt habe, weshalb diese „jedenfalls einem Vermögensausgleich“ nicht zugänglich gewesen sei.⁶²² Dies werde auch von der Tatsache unterstützt, dass der Mann nach der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft seine Leistungen auf die Lebensversicherung zu Gunsten der ehemaligen Lebensgefährtin weiterhin erbrachte, während er in seiner Entscheidung frei gewesen wäre, sie ebenfalls zu widerrufen. Da er dies nicht getan habe, stünde seinen gesetzlichen Erben kein späterer Ausgleichsanspruch zu.

In seinem Urteil vom 25.09.1997 hatte der Bundesgerichtshof erneut über einen Fall der Leistungsgewährung zur Darlehenstilgung zu entscheiden.⁶²³ Hierbei stellte das Gericht fest, dass die nichtehelichen Lebenspartner mit dem Kauf und Erhalt des Einfamilienhauses der Frau keinen gemeinschaftlichen Wert

⁶²¹ BGH NJW 1996, 2727.

⁶²² BGH a.a.O.

⁶²³ BGH NJW 1997, 3371.

schaffen wollten.⁶²⁴ Zwar stellten die fast 100.000 DM eine beträchtliche Summe dar, die der Mann seiner Lebensgefährtin zur Darlehenstilgung geleistet hatte. Entscheidend ist jedoch nach Auffassung des Gerichts, dass die beiden Lebenspartner keinen über die gemeinsame Lebensführung hinausgehenden Zweck verfolgt haben.⁶²⁵ Der Mann gab vielmehr ausdrücklich an, er stelle seiner Lebensgefährtin die ca. 100.000 DM zur Tilgung von Zins- und Darlehenslasten zur Verfügung. Insofern ging auch hier der Rückforderungsanspruch wegen Fehlens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ins Leere.

In einer Grundsatzentscheidung zur Ehegatteninnengesellschaft hat sich der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erstmals am 30.06.1999 zur Parallelproblematik bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften geäußert.⁶²⁶ Hierbei betonte er erneut in Übereinstimmung mit dem 2. Zivilsenat, „daß die zur Ehegatteninnengesellschaft entwickelten Grundsätze wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des ehelichen Rechte- und Pflichtenverhältnisses nicht ohne weiteres auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu übertragen sind“.⁶²⁷ Insofern könne auch der „Gesichtspunkt der über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden besonderen Zweckverfolgung, wie sie für die Ehegatteninnengesellschaft gefordert wird“, bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften keine Rolle spielen.⁶²⁸ Daraus leitet das Gericht jedoch die vorteilhafte Konsequenz her, dass „eine großzügigere Anwendung gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsregeln (bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften) erlaubt ist“.

Im Übrigen stellte der 12. Zivilsenat erneut fest, dass er bei ehelichen Lebensgemeinschaften weiterhin „am Erfordernis eines zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrags (festhält), so daß eine rein faktische Willensübereinstimmung, wie sie der 2. Zivilsenat [...] für die nichteheliche Lebensgemeinschaft für

⁶²⁴ BGH NJW 1997, 3371, 3372.

⁶²⁵ BGH a.a.O.

⁶²⁶ BGHZ 142, 137 = NJW 1999, 2962.

⁶²⁷ BGH NJW 1999, 2962, 2964.

⁶²⁸ BGH a.a.O.

ausreichend hält, nicht ausreicht“.⁶²⁹

Der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs traf in seiner Entscheidung vom 15.01.2001 erstmals eine konkrete Äußerung hinsichtlich seiner bereits am 08.07.1996⁶³⁰ aufgestellten Formel zur „Gesamtwürdigung von Fall zu Fall“. ⁶³¹ Dabei nahm er bei einem zur Finanzierung eines Hauskaufs gewährten Betrag in Höhe von 30.000 DM keine Ausnahmesituation an, die einen Ausgleich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erforderlich gemacht hätte.⁶³²

Auf diese „Gesamtwürdigung im Einzelfall“ wies der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dann nochmals ausdrücklich in seinem 1. Leitsatz zum Urteil vom 21.07.2003 hin.⁶³³ Der Senat konkretisierte im 2. Leitsatz die Anforderungen an die Einzelumstände, indem er dabei "die Art des geschaffenen Vermögenswerts, die von beiden Seiten erbrachten Leistungen und die finanziellen Verhältnisse der Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft" als wesentlich in den Vordergrund stellte.⁶³⁴ Im vorgelegenen Fall hatte die nichteheliche Lebensgemeinschaft ca. sechzehn Jahre bestanden, ehe der Mann rechtskräftig zur Räumung des der Lebensgefährtin gehörenden Grundstücks verurteilt worden war. Daraufhin machte der Mann eine „Abfindungsforderung in Geld“ gegen seine frühere Lebensgefährtin geltend. Das Oberlandesgericht Köln hatte als vorinstanzliches Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch aus Gesellschaftsrecht bejaht und die Frau zu einer Zahlung von ca. 50.000 DM – der Hälfte der Wertsteigerung des Verkehrswertes des Grundstückes – verurteilt. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hatte der Mann durch seine Beteiligung an aufkommenden Materialkosten und Handwerkerlöhnen für die Renovierung und den Ausbau des Hauses einen "wesentlichen Beitrag in Bezug auf einen im Alleineigentum

⁶²⁹ BGH NJW 1999, 2962, 2966, entgegen der Ansicht des 2. Zivilsenats in BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGHZ 84, 388 = NJW 1982 2863.

⁶³⁰ BGH NJW-RR 1996, 1473; ebenso BGH ZEV 2000, 373.

⁶³¹ BGH FuR 2001, 366.

⁶³² BGH FuR 2001, 366, 368.

⁶³³ BGH NJW-RR 2003, 1658.

⁶³⁴ BGH a.a.O.

des anderen stehenden Vermögensgegenstand [...] geleistet".

Demgegenüber lehnte das Revisionsgericht das Vorliegen eines „wesentlichen Beitrages“ ab. Das Berufungsgericht sei der Prüfung nicht nachgekommen, den tatsächlichen Ursprung des eingetretenen Wertzuwachses durch geeignete Beweisaufnahme zu klären. Die Wertsteigerung könne auch auf wesentliche Aufwendungen der Alleineigentümerin des Grundstücks zurückzuführen sein. Hierzu sei der Frau gerade keine Gelegenheit zur Stellungnahme durch das Berufungsgericht eingeräumt worden. Im Übrigen habe das Oberlandesgericht Köln auch unabhängig davon keine abschließende Einzelfallwürdigung treffen können, da keinerlei Feststellungen zu den finanziellen Verhältnissen der früheren Lebenspartner getroffen wurden. Der Bundesgerichtshof hatte deshalb den Rechtsstreit wegen fehlender entscheidungserheblicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

In seiner Entscheidung zur Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft schloss sich der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 13.04.2005⁶³⁵ noch der ständigen Rechtsprechung des vormals zuständigen 2. Zivilsenats im Hinblick auf das Zustandekommen der so genannten „faktischen Gesellschaft“ an.

b) Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In einer neueren Entscheidung vom 28.09.2005 hatte sich der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem Rangverhältnis von Ehegatteninnengesellschaft und Zugewinnausgleich zu beschäftigen.⁶³⁶ Danach sei ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch nicht grundsätzlich als subsidiär zum Anspruch auf Zugewinnausgleich anzusehen. Der Anspruch aus der Innengesellschaft komme nicht nur dann in Betracht, wenn der Zugewinnausgleich zu einem unange-

⁶³⁵ BGH NJW-RR 2005, 1089, 1091.

⁶³⁶ BGHZ 165, 1 = NJW 2006, 1268.

messenen Ergebnis – wie im vorgelegenen Fall bei Ausschluss des Zugewinnausgleichs – führe, sondern bestehe generell neben einem Anspruch aus § 1378 BGB.

Die hauptsächlich zur Ehegatteninnengesellschaft ergangene Entscheidung nimmt auch zur Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft Stellung. Das Gericht weist in seiner Entscheidungsbeurteilung auf die ständige Rechtsprechung des 2. Zivilsenats hin, wonach „selbst dann, wenn die Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft kein Gesellschaftsverhältnis begründet haben, eine Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln in entsprechender Anwendung der §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen (kann), unter anderem wenn die Partner durch beiderseitige Arbeit, finanzielle Aufwendungen und sonstige Leistungen zusammen ein Unternehmen aufbauen, betreiben und als gemeinsamen Wert betrachten und behandeln“.⁶³⁷

Der 12. Zivilsenat lässt dann jedoch erkennen, dass er an der bisherigen Beurteilung des 2. Zivilsenats „nicht uneingeschränkt (festhält)“.⁶³⁸ Er vertrete nunmehr die Auffassung, „dass eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit auch im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft einen zumindest schlüssig zu Stande gekommenen Vertrag voraussetze, eine rein faktische Willensübereinstimmung mithin nicht als ausreichend erachtet werden kann“.⁶³⁹ Als Begründung nennt das Gericht den grundsätzlich rechtsbindungsfreien Zusammenschluss zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, der schon der Annahme konkludenter Vertragsabschlüssen entgegenstehe.⁶⁴⁰ Somit müssten zur Annahme eines Gesellschaftsvertrages Indizien vorliegen, die „für die Annahme einer nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertenden Zusammenarbeit der Partner (sprechen)“. Als beispielhafte

⁶³⁷ BGH NJW 2006, 1268, 1270 m.H. auf BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863.

⁶³⁸ BGH NJW 2006, 1268, 1270 – Rz. [27].

⁶³⁹ BGH NJW 2006, 1268, 1270 in Abweichung zu BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863; vgl. auch BGH NJW 1980, 1520 und BGH NJW 1982, 2863.

⁶⁴⁰ BGH NJW 2006, 1268, 1270 – Rz. [27].

Anknüpfungspunkte hierfür nennt das Gericht „Planung, Umfang und Dauer der Zusammenarbeit“.

c) Literaturansätze

Die mittlerweile herrschende Meinung in der Literatur lehnt die bisherige Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ab.⁶⁴¹ Dabei ist jedoch vorab klarzustellen, dass sich die Kritik nicht gegen die Anwendung des Gesellschaftsrechts als solches richtet.⁶⁴² Vielmehr wird die Konstruktion der „faktischen Gesellschaft“ abgelehnt, die im Ergebnis „auf reinen Billigkeitserwägungen“ beruhe.⁶⁴³

Die Intention der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, eine Regelungslücke durch Analogie zu schließen, weil weder das Schuld- noch das Familienrecht zu angemessenen Ausgleichslösungen führe, sei nicht überzeugend.⁶⁴⁴ Zur generellen Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts bedürfe es vielmehr einer „klare Abrede (darüber), welche der beiderseitigen Leistungen ausgeglichen werden sollen oder (dass) sich aus den Umständen wenigstens konkrete Anhaltspunkte für einen dahingehenden Willen beider Partner entnehmen lassen“.⁶⁴⁵ Vereinzelt wird auch darauf abgestellt, „ob die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft über das bloße Zusammenleben hinaus mit der Schaffung eines gemeinschaftlichen Wertes etwas unternommen haben, was man sonst nur in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft unternehmen würde“.⁶⁴⁶

Die Annahme des 2. Zivilsenats, dass die Partner einer nichtehelichen Lebens-

⁶⁴¹ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 20 III Rn. 26 ff.; *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 266ff.; *Steinert*, NJW 1986, 683, 686; *Derleder*, NJW 1980, 545, 547 ff.; *Lieb*, Gutachten A, S. 70; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023; *Battes*, JZ 1988, 908, 911; *de Witt/Huffmann*, Rn. 339.

⁶⁴² *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, Vor § 705 Rn. 55, 56.

⁶⁴³ *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, Vor § 705 Rn. 56.

⁶⁴⁴ *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, Vor § 705 Rn. 59.

⁶⁴⁵ *Steinert*, NJW 1986, 683, 686.

⁶⁴⁶ *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023.

gemeinschaft keinerlei Rechtsbindungswillen aufwiesen, sei überdies nicht nachvollziehbar.⁶⁴⁷ Vielmehr wüssten die Lebensgefährten, dass in ihrer Lebensgemeinschaft „mangels Ehe [...] kein besonderes Regelwerk gilt“. Dann zeige jedoch gerade ein „gemeinsames Wirtschaften“ bzw. die Anschaffung von Vermögensgegenständen, dass sie dadurch einen Gesellschaftsvertrag abschließen wollten.⁶⁴⁸

Eine teilweise vertretene Ansicht in der Literatur stützt den vom 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs gewählten objektiven Maßstab zur Abwicklung der Vermögensauseinandersetzung.⁶⁴⁹ Demnach sei die „faktische Gesellschaft“ und das Abstellen auf objektive Kriterien „unvermeidlich“, da die Partner einer Lebensgemeinschaft ihre Beziehungen in einer „rein tatsächlichen Form“ ausübten und gerade keine rechtliche Gestaltung wählten.⁶⁵⁰

Ulmer vertritt in der Neuauflage des Münchner Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Auffassung, dass die Lösung der Rechtsprechung entgegen der vielfachen Literaturkritik vorzugswürdig sei.⁶⁵¹ Der Vorteil der Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs bestehe darin, dass bei der „Vermögensaufteilung bei Ende der Partnerschaft nicht auf die – häufig zufällige – dingliche Zuordnung (abgestellt wird)“.⁶⁵² Der Einwand der Literatur, dass den Lebensgefährten ein Rechtsbindungswille fehle und damit kein faktischer Vertragsschluss zustandekommen könne, sei unzutreffend. Die Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft würden lediglich Rechtsregelungen hinsichtlich ihrer persönlichen Beziehungen ablehnen, nicht jedoch im Hinblick auf vermögensrechtliche Fragen bei Auflösung der Lebensgemeinschaft.⁶⁵³

⁶⁴⁷ *Battes*, JZ 1988, 908, 911; jetzt auch BGHZ 165, 1 = NJW 2006, 1268.

⁶⁴⁸ *Battes*, a.a.O.

⁶⁴⁹ *Fischer*, LM § 705 BGB Nr. 4 zu BGHZ 8, 249 = NJW 1953, 418; zustimmend *Hepting*, S. 137 f.; nunmehr auch *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 4. Auflage, Vor § 705 Rn. 83.

⁶⁵⁰ *Fischer*, LM § 705 BGB Nr. 4 zu BGHZ 8, 249 = NJW 1953, 418; *Hepting*, S. 137 f.

⁶⁵¹ *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 4. Auflage, Vor § 705 Rn. 83; a.A. noch *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, Vor § 705 Rn. 55 ff.

⁶⁵² *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 4. Auflage, Vor § 705 Rn. 83.

⁶⁵³ *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 4. Auflage, Vor § 705 Rn. 83; genauer Widerspruch zu *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, Vor § 705 Rn. 61, wo der Verfasser noch davon ausgegangen ist, dass „die Beteiligten durch die Ablehnung einer Eheschließung regelmäßig zum Aus-

Persönliche Beziehungen und wirtschaftliche Rechtsgemeinschaft müssten sich nicht gegenseitig ausschließen.⁶⁵⁴ Dies zeige sich insbesondere daran, dass der Bundesgerichtshof selbst bei Vorliegen einer Ehe – bei der die persönlichen Beziehung ebenfalls im Vordergrund stehen – einen Ausgleichsanspruch nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen in Einzelfällen bejaht hat.⁶⁵⁵

Die herrschende Meinung in der Literatur, die im wesentlichen Einklang mit der neueren Rechtsprechung des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs steht, ist zutreffend. Die fiktive Annahme eines Gesellschaftsvertrages ohne konkludente Willensäußerung, wie sie vom 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung judiziert wurde, überzeugt nicht. Sie ist in rechtsdogmatischer Hinsicht unangebracht und verstößt gegen die allgemeinen Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen gemäß §§ 133, 157 BGB. Danach ist das Vorliegen einer Willenserklärung die Grundvoraussetzung für das Zustandekommen und Auslegen von Verträgen. Ohne entsprechenden Rechtsbindungswillen kann daher entgegen der Auffassung des 2. Zivilsenats kein Gesellschaftsvertrag zustandekommen und auch nicht fingiert werden.

Die Missachtung der Vertragsgrundsätze rechtfertigt sich demnach nicht mit der richterlichen Rechtsfortbildung des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.⁶⁵⁶

druck (bringen), daß sie ihr Zusammenleben insgesamt keiner rechtlichen Ordnung unterwerfen wollen, dh. auch für die vermögensrechtlichen Aspekte des Zusammenlebens keinen rechtlichen Bindungswillen haben“.

⁶⁵⁴ *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1023.

⁶⁵⁵ BGH NJW 1974, 2278; vgl. auch KG Berlin NJW 1982, 1886 zur gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft.

⁶⁵⁶ Statt vieler BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863.

d) Voraussetzungen eines gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruches

Zuletzt soll im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Abhandlung noch kurz auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen werden.

(1) Absicht gemeinsamer Wertschöpfung

Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft müssen die Absicht haben, einen gemeinschaftlichen Wert schaffen zu wollen. Hierdurch wird der Forderung nach einem über das bloße Zusammenleben hinausgehenden Zweck genügt.

Nach allgemeiner Meinung stellt die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche noch keine BGB-Innengesellschaft dar. Der Gesetzgeber hat durch Art. 6 Abs. 1 GG und § 1353 BGB das Zusammenleben von Partnern abschließend gesetzlich geregelt, weshalb ein genereller Vertrag außerhalb der eherechtlichen Vorschriften – etwa in Form eines Gesellschaftsvertrages – nicht begründbar ist.⁶⁵⁷ Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dazu ausgeführt, dass die Rechtsordnung für ein "auf Dauer angelegtes Zusammenleben zwischen Mann und Frau [...] die besondere Rechtsform der Ehe zur Verfügung (stellt)".⁶⁵⁸ Rechtliche Bindungen würden die nichtehelichen Lebenspartner jedoch gerade nicht eingehen wollen. Auch das Führen eines gemeinsamen Haushaltes und die Unterhaltung intimer Beziehungen reichte dem Oberlandesgericht Düsseldorf für das Vorliegen einer Gesellschaft nicht aus, da die beiden nichtehelichen Lebenspartner "keine konkreten gemeinsamen Ziele" hatten, wie dies etwa bei "Führung eines Geschäfts (oder) Errichtung eines Hauses für gemeinsame Zwecke" der Fall gewesen wäre.⁶⁵⁹

Die vom 2. Zivilsenat in ständiger Rechtsprechung hierzu verwandte Formel

⁶⁵⁷ De Witt/Huffmann, Rn. 61; Krause, JuS 1989, 455, 456, der Autor spricht insoweit von einem „Typenzwang“.

⁶⁵⁸ OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509.

⁶⁵⁹ OLG a.a.O.

lautet: „Die Parteien (müssen) überhaupt die Absicht (verfolgen), mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam benutzt werden würde, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte“. ⁶⁶⁰ Die hierbei von den Lebensgefährten erbrachten Beiträge können Geld-, Sach- oder Arbeitsleistungen darstellen. ⁶⁶¹

(2) Konkreter Vermögensgegenstand

Die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze finden nur punktuell auf einen konkreten Vermögensgegenstand innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Anwendung. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinen Entscheidungen immer wieder von einem „bestimmten“ bzw. „konkreten“ Vermögensgegenstand spricht. ⁶⁶²

(3) Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Ferner bedarf es der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Die gesetzliche Regelung hierzu findet sich in § 723 Abs. 1 S. 1 BGB. Allerdings sind auch Situationen denkbar, bei denen der eine Lebensgefährte einen Ausgleich für seine vorangegangenen Aufwendungen verlangt, obwohl die nichteheliche Lebensgemeinschaft noch besteht. Dies könnte etwa bei vorübergehenden finanziellen Problemen oder Getrenntlebens wegen Wechsel des Arbeitsplatzes der Fall sein.

⁶⁶⁰ BGH NJW 1980, 1520; BGH NJW 1992, 906, 907; vgl. auch BGH FamRZ 1993, 939, 940; BGHZ 84, 388, 390 = NJW 1982, 2863, 2864; vgl. auch Messerle, JuS 2001, 28, 31.

⁶⁶¹ BGH NJW 1999, 2962, 2966.

⁶⁶² Vgl. BGH NJW 1983, 2375.

(4) Kein Vorrang anderweitiger Regelungen

Des Weiteren dürfen keine vorrangig zu berücksichtigende Regelungen vorhanden sein. Haben die nichtehelichen Lebensgefährten etwa einen so genannten Partnerschaftsvertrag geschlossen, findet dieser – soweit er auf die in Frage stehende Fallkonstellation anwendbar ist – vorrangige Anwendung. Hinsichtlich anderweitiger und einschlägiger Gesetzesregelungen kommen Anstellungsverträge, Darlehens- oder Wohnrechtsvereinbarungen zwischen den Lebensgefährten in Betracht.

(5) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge bei Bejahung einer BGB-Innengesellschaft kommt zum einen die Rückerstattung der Einlage gemäß § 733 Abs. 2 S. 1 BGB und zum anderen die Zahlung des etwaigen Überschusses gemäß § 734 BGB in Betracht. Diese beiden Ansprüche gehen in dem Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig auf, so dass dieser oftmals als alleinige Rechtsfolgenbestimmung herangezogen wird.⁶⁶³

(6) Beispiel

Zur Veranschaulichung soll das folgende Beispiel dienen:

Dem einen Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen bei Beendigung der Gemeinschaft Vermögensgegenstände im Wert von 150.000 Euro zu. Diese setzen sich im Wesentlichen aus der gemeinsam finanzierten und bewohnten Eigentumswohnung zusammen. Die Vermögensgegenstände des anderen Partners sind jedoch nur 50.000 Euro wert. Das Auseinandersetzungsguthaben beträgt demnach 200.000 Euro, von dem jedem Partner wertmäßig die Hälfte, nämlich 100.000 Euro zusteht. Somit kann derjenige Partner, der die

⁶⁶³ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 738 Rn. 4.

geringeren Vermögenswerte bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft besitzt, von dem anderen einen Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung des § 734 BGB geltend machen. Dies wären hier im Ergebnis 50.000 Euro.

e) Stellungnahme

Dem Grundsatz nach ist der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beizupflichten. Denn nur bei einer besonderen Zweckbestimmung durch die nichtehelichen Lebenspartner, die über die gemeinsame Haushaltsführung und das regelmäßige Zusammenleben hinausgeht, eröffnet sich der Anwendungsbereich des Gesellschaftsrechts. Eine BGB-Innengesellschaft bei jeder nichtehelichen Lebensgemeinschaft anzunehmen, würde dem Sinn und Zweck des Gesellschaftsrechts widersprechen. Lediglich in besonderen Fallkonstellationen kann eine Anwendbarkeit aus Billigkeitserwägungen in Betracht kommen, wie es der Bundesgerichtshof auch im Wesentlichen praktiziert hat. Dabei ist jedoch die Missachtung der allgemeinen Grundsätze über den Vertragsabschluss nicht hinnehmbar, auch nicht durch eine richterliche Rechtsfortbildung.⁶⁶⁴ Um in Einzelfällen aus Billigkeitsgründen zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen, darf das Gesellschaftsrecht nicht auf eine fiktive bzw. „faktische Willensübereinstimmung“ ausgedehnt werden. Vielmehr sollten dann – wie es einer neueren Entscheidung des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu entnehmen ist⁶⁶⁵ – andere Rechtsinstitute zur Anwendung kommen. Hierunter fallen insbesondere das Bereicherungsrecht und die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

⁶⁶⁴ So nunmehr auch BGHZ 165, 1 = NJW 2006, 1268, 1270 für den Fall der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

⁶⁶⁵ BGH NJW 2008, 443.

5. Ansprüche aus einer Gemeinschaft

Neben der BGB-Gesellschaft können auch Ansprüche aus Gemeinschaftsrecht gemäß §§ 741 ff. BGB in Betracht kommen. Der Bundesgerichtshof geht jedoch davon aus, dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche noch keine Gemeinschaft im Sinne von § 741 BGB darstellt.⁶⁶⁶ Häufig wird es an der Voraussetzung des Bestehens von Miteigentum scheitern. Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft treffen in aller Regel keine expliziten Vereinbarungen hinsichtlich der Eigentumsstellung angeschaffter Haushaltsgegenstände. Liegt jedoch tatsächlich Miteigentum an einer Sache vor, richtet sich die Auseinandersetzung bezüglich des konkreten Gegenstandes nach §§ 749 Abs.1, 753 Abs. 1 S. 1, 1233 ff. BGB.⁶⁶⁷ Dies kann jedoch nicht allgemein angenommen, sondern muss für jeden Gegenstand besonders festgestellt werden.⁶⁶⁸

Die Literatur geht teilweise davon aus, dass vor allem bei Hausratsgegenständen eine Auseinandersetzung nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts nach §§ 741 ff., 752 ff. BGB vorzunehmen sei.⁶⁶⁹ Bei gemeinsamer Haushaltsführung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft würden die Lebenspartner regelmäßig Miteigentum an sämtlichen Hausratsgegenständen haben. Im Ergebnis müsse daher eine hälftige Teilung gemäß § 742 BGB vorgenommen werden. *Derleder* sieht den Vorteil der Lösung über das Gemeinschaftsrecht darin, „daß sie an die reale Lebensgestaltung der Parteien anknüpft, keine Erforschung der Finanzierungsverhältnisse und Unterhaltsbeiträge in der Vergangenheit erfordert und ohne eine zu weitgehende Verrechtlichung auskommt“.⁶⁷⁰

Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass dieses Lösungs-

⁶⁶⁶ BGH NJW 1981, 1502; BGH NJW 1996, 2727; *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 286; vgl. auch *Schmidt*, in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 77;

⁶⁶⁷ *De Witt/Huffmann*, Rn. 336e.

⁶⁶⁸ *Schmidt*, in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 77.

⁶⁶⁹ *Derleder*, NJW 1980, 544, 549 f.; *Finger*, JZ 1981, 497, 508.

⁶⁷⁰ *Derleder*, NJW 1980, 544, 550.

dell im Ergebnis auf eine entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 2 Hausrats-VO hinausläuft. Diese Regelung kann jedoch mangels planwidriger Gesetzeslücke nicht im Wege der Analogie herangezogen werden.

6. Ansprüche aus dem Schenkungsrecht

Bei gegenseitigen Zuwendungen ist zunächst zu klären, ob das Schenkungsrecht überhaupt Anwendung finden kann. Zweifelhaft ist dies insbesondere bei Zuwendungen, die dem täglichen Lebensbedarf dienen. Die wohl einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht zutreffend davon aus, dass Geldzuwendungen, die zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der eheähnlichen Lebensgemeinschaft aufgebracht werden, bei Beendigung der Partnerschaft nicht zurückgefordert werden können.⁶⁷¹ Als Begründung dient der Umstand, dass diese Leistungen nicht in der Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erbracht, sondern vielmehr aus persönlichen Gründen dem jeweiligen Partner zugewendet werden.⁶⁷² Bei diesen so genannten „unbenannten Zuwendungen“⁶⁷³ fehle es auch an dem Erfordernis, dass keine Förderung der Vermögensbildung des Partners bezweckt werde.⁶⁷⁴ Daher sei weder die besondere Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB zu beachten, noch sind diese Leistungen gemäß §§ 530 ff. BGB widerruflich.⁶⁷⁵ Vereinzelt wurden unbenannten Zuwendungen auch als eigenständiges Institut des Familienrechts qualifiziert, die gegenüber

⁶⁷¹ BGHZ 77, 55, 59 = NJW 1980, 1520; vgl. auch BGH NJW-RR 1996, 1473; OLG Köln NJW 1995, 2232; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223.

⁶⁷² OLG Naumburg NJW 2006, 2418; OLG Naumburg NJW-RR 2003, 578; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1497; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1157; *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 56; *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 598; *Derleder*, NJW 1980, 545, 548; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1022; *de Witt/Huffmann*, Rn. 355; *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 97; *Krause*, JuS 1989, 455, 458; *Migsch*, AcP 173 (1973), 46, 56.

⁶⁷³ Der Begriff geht auf die Habilitationsschrift von *Lieb*, S. 124 zurück; vgl. auch BGHZ 82, 227 = NJW 1982, 1093; BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGHZ 112, 259 = NJW 1991, 830; BGHZ 116, 178 = NJW 1992, 558; vielfach wird auch von so genannten „ehebezogenen“ (BGH FamRZ 2003, 230), „ehebedingten“ (BGH NJW 2007, 1744) oder „unbedachten“ (*Grziwotz*, MDR 1998, 129) Zuwendungen gesprochen.

⁶⁷⁴ *Grziwotz*, S. 28.

⁶⁷⁵ *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 252; vgl. auch OLG Köln FamRZ 2001, 1608, 1609.

dem allgemeinen Schenkungsrecht Vorrang hätten.⁶⁷⁶

In seinem Beschluss vom 22.11.1996 hat das Oberlandesgericht Köln die Grundsätze der „unbenannten Zuwendung“ bei Ehegatten auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft übertragen.⁶⁷⁷ Hierbei stellte das Gericht fest, dass „wechselseitig erbrachte Zuwendungen, die Beiträge zur gemeinsamen Haushaltsführung und zum äußeren Rahmen der Gemeinschaft [...] grundsätzlich nicht ausgleichsfähig (sind)“.⁶⁷⁸ Es liege gerade im „Wesen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, (dass) die wechselseitigen Leistungen rechtlich unverbindlich“ seien.⁶⁷⁹

Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seinem Urteil vom 31.01.1997 die Grundsätze der „unbenannten Zuwendungen“ zwischen Ehegatten – im Einklang mit der herrschenden Literaturmeinung⁶⁸⁰ – auf nichteheliche Lebensgemeinschaften erstreckt.⁶⁸¹

In der Rechtsprechung wird das Schenkungsrecht vor allem dann herangezogen, wenn Zuwendungen vorliegen, die allein dem Partner zu Gute kommen sollen.⁶⁸² Bei deren Rückabwicklung kommt bei Vorliegen groben Undanks ein Anspruch auf Rückgabe des Erlangten gemäß §§ 530, 531, 812 ff. BGB in Betracht.

Das Oberlandesgericht Hamm hat in seiner Entscheidung vom 30.09.1977 groben Undank für den Fall bejaht, dass der Lebenspartner weiterhin Geldzuwendungen angenommen hatte, obwohl er bereits mit einer anderen Frau liiert ge-

⁶⁷⁶ OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1497, 1498; vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 386, 387.

⁶⁷⁷ OLG Köln FamRZ 1997, 1113; so auch bereits OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 377.

⁶⁷⁸ OLG Köln FamRZ 1997, 1113.

⁶⁷⁹ OLG a.a.O.

⁶⁸⁰ *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 255 u. 324; *Grziwotz*, S. 238; *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 24; *Kollhosser*, in: MünchKomm-BGB, § 516 Rn. 84 ff.; *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, § 516 Rn. 98ff.; *Schulz*, FamRZ 2007, 593, 598; *Heinle*, FamRZ 1992, 1256, 1257f.; *Simon*, JuS 1980, 252, 254; *Grziwotz*, FamRZ 1999, 413, 419; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1022.

⁶⁸¹ OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1110, 1112.

⁶⁸² OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 1095 (zur Rückzahlung eines Darlehens); vgl. auch BGHZ 35, 103 = NJW 1961, 1458 (zum Grundstückserwerb).

wesen war.⁶⁸³ Eine ähnliche Situation schildert *Messerle*, die groben Undank dann als gegeben ansieht, wenn „der Empfänger bereits im Zeitpunkt der Schenkung die Trennung plante und diese lediglich im Hinblick auf die Zuwendung hinausgezögert hat“.⁶⁸⁴ Ebenso sah der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 28.09.1990 einen Fall groben Undanks als naheliegend an, bei dem der Beschenkte den Schenker gegenüber dem Arbeitgeber eines Diebstahls bezichtigte.⁶⁸⁵ Hierdurch sei der Schenker der Gefahr ausgesetzt, „seine Arbeitsstelle (zu verlieren) und [...] in Not (zu geraten), (wobei dies) um so mehr (gilt), wenn sich die Mitteilung lediglich auf zweifelhafte Verdachtsmomente stützen läßt“.⁶⁸⁶

Das Beenden der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch einen Partner reicht dagegen nicht für einen Widerrufsgrund gemäß § 530 Abs. 1 BGB aus.⁶⁸⁷

7. Bereicherungsrecht

Die während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft getätigten Leistungen können auch über das Bereicherungsrecht kondiziert werden.⁶⁸⁸ Die Leistungskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB scheidet in aller Regel aus, weil das zuvorige Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft den Rechtsgrund der Leistung darstellt⁶⁸⁹ oder weil der Leistende nach § 814 BGB gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war oder die Leistung einer sittlichen Pflicht entsprach.⁶⁹⁰ Die hierbei zugewendeten Vermögensgegenstände werden

⁶⁸³ OLG Hamm NJW 1978, 224.

⁶⁸⁴ *Messerle*, JuS 2001, 28, 32.

⁶⁸⁵ BGH NJW 1990, 830, 831.

⁶⁸⁶ BGH a.a.O.

⁶⁸⁷ OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 1095, 1096; *Grziwotz*, S. 28.

⁶⁸⁸ Vgl. dazu *Wellenhofer*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 123, die eine vermögensrechtliche Abwicklung über das Bereicherungsrecht den Vorzug vor der gesellschaftsrechtlichen Lösung einräumt.

⁶⁸⁹ OLG Celle, OLGZ 1970, 326; OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050, 2051; OLG München FamRZ 1980, 239, 240; *Giesen*, S. 257; *Seidl*, S. 274; *Simon*, JuS 1980, 252, 254.

⁶⁹⁰ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach. § 1302 Rn. 57; *Steinert*, NJW 1986, 683, 686; BGH NJW 1973, 612, 613; a.A. *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 307 u. *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 896.

auf Grund der engen Verbundenheit der beiden Partner geleistet, wovon der Leistende Kenntnis hat.

Ebenso scheitert ein Anspruch nach der *condictio ob causam finitam*, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft nach mittlerweile überwiegender Ansicht keine *causa* im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB darstellt.⁶⁹¹

Insofern ist eine Lösung allenfalls über die so genannte „Zweckverfehlungskon-diktion“ (*condictio ob rem dati re non secuta*) gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB möglich. Voraussetzung hierfür ist es, dass der Leistung eine Zweckver-einbarung zugrunde lag und diese verfehlt wurde.

a) Frühere Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat bereits mehrfach entschieden, dass derartige Zweckvereinbarungen schwer feststellbar sind.⁶⁹² Eine gemeinsame Zweckabrede läge allenfalls dann vor, wenn einer der beiden Partner „durch erhebliche Bei-träge das Vermögen des anderen vermehrt hat“ und dies in der „erkennbaren Vorstellung (passierte), an dem Gegenstand längere Zeit partizipieren zu kön-nen“.⁶⁹³ Ferner setze der Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung vor-aus, dass die Beteiligten über die Zweckbestimmung der Leistung eine tatsäch-liche Vereinbarung getroffen haben.⁶⁹⁴ Insofern seien einseitige Erwartungen nicht ausreichend.

Nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB kann grundsätzlich nur das zurückgefordert

⁶⁹¹ Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 90; Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 ff. Rn. 112; Lüderitz/Dethloff, S. 224; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 578 ff.; de Witt/Huffmann, Rn. 365.

⁶⁹² BGH NJW 1992, 427, 428; OLG Stuttgart NJW 1977, 1779; OLG München FamRZ 1980, 239, 240; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 253; OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; OLG Hamm FamRZ 1983, 494; vgl. auch Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 114.

⁶⁹³ Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 114; Wacke, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 21; Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 414.

⁶⁹⁴ BGH NJW 1992, 427, 428.

werden, was zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft gedacht, aber tatsächlich nicht verwendet wurde. Eine Rückabwicklung scheidet daher in den Fällen aus, in denen der Leistende die Zuwendung zur tatsächlichen Ausgestaltung und Fortdauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft getätigt hat.⁶⁹⁵ Insofern ist von einem nicht mehr kondizierbaren Gegenstand auszugehen, weil dieser seinen Zweck erfüllt hat und daher „verbraucht“ wurde. Die Rechtsprechung macht allerdings – ähnlich wie bei der Anwendung des Instituts über den Wegfall der Geschäftsgrundlage – in Einzelfällen aus Billigkeitsgesichtspunkten Ausnahmen.

Der Bundesgerichtshof lehnte zum Teil einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB gänzlich ab.⁶⁹⁶ In einer Entscheidung vom 08.07.1982 versagte er den Ausgleichsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, weil im konkreten Fall durch den Umbau des Familienhauses der erstrebte Erfolg eingetreten und die Beklagte mit den Kindern in das fertig gestellte Haus einzogen sei.⁶⁹⁷

Demgegenüber wurde in Einzelfällen auch ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch anerkannt. So bejahte das Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Urteil vom 13.10.1993 einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB.⁶⁹⁸ Im konkreten Fall erwarben die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft am 28.02.1991 einen Bauplatz zum Preis von ca. 70.000 DM und wurden als hälftige Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Kaufpreis wurde allein vom Mann entrichtet. Die Eintragung der Frau als Miteigentümerin erfolgte auf Grund einer Auflage des verkaufenden Landes, wonach das Grundstück nur an Familien zur Schaffung von Wohnraum überlassen werden sollte. Die Parteien beabsichtigten, das Grundstück mit ei-

⁶⁹⁵ *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 414; *Strätz*, FamRZ 1980, 434, 435; *deWitt/Huffmann*, Rn. 36; vgl. nunmehr auch BGH NJW 2008, 443.

⁶⁹⁶ Vgl. dazu BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGHZ 84, 361 = BGH NJW 1982, 2236; BGH NJW-RR 1996, 1473, 1474; vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223.

⁶⁹⁷ BGHZ 84, 361 = BGH NJW 1982, 2236.

⁶⁹⁸ OLG Karlsruhe NJW 1994, 948.

dem Einfamilienhaus zu bebauen und dieses gemeinsam zu bewohnen. Spätestens Anfang 1992 wurde die nichteheliche Lebensgemeinschaft beendet. Der Mann begehrte sodann die Übertragung des Miteigentumsanteils der Frau an dem gemeinsamen Baugrundstück. Sowohl das Landgericht Karlsruhe als auch das Oberlandesgericht Karlsruhe gaben der Klage statt.

Das Berufungsgericht sah in der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft den Wegfall des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges. Der mit dem Grundstückserwerb beabsichtigte Zweck, in dem zu errichtenden Haus eine gemeinsame Lebensführung zu verwirklichen, sei mit Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verfehlt worden. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass der Erwerb des Miteigentums durch die Frau „über die Zuwendungen im Rahmen der gemeinsamen Lebensführung hinausgeht, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, die Leistung sollte ersatzlos von demjenigen erbracht werden, der hierzu gerade in der Lage war“.⁶⁹⁹ Im Übrigen sei der Anspruch auch nicht gemäß § 815 Alt. 2 BGB ausgeschlossen gewesen, da in der Beendigung der gemeinsamen Lebensführung „lediglich das Gebrauchmachen der von den Partnern gewollten Freiheit (liegt) und (daher) kein Verstoß gegen Treu und Glauben (ersichtlich ist)“.⁷⁰⁰

Das Oberlandesgericht Stuttgart hatte in seinem Urteil vom 29.06.1977 einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB für den Fall angenommen, dass eine Frau rückwirkend für ihre zehnjährige unentgeltliche Aushilfstätigkeit im Gewerbe des Mannes eine entsprechende Vergütung verlangte.⁷⁰¹ Hierbei sah das Gericht das dauerhafte Zusammenleben als Zweckvereinbarung im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB an, die durch die Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verfehlt worden sei.⁷⁰² Im Ergebnis sprach das Gericht der Frau einen monatlichen Vergütungsanspruch in Höhe

⁶⁹⁹ OLG Karlsruhe NJW 1994, 948, m.H. auf BGH FamRZ 1983, 1213 u. OLG Stuttgart Justiz 1985, 201.

⁷⁰⁰ OLG Karlsruhe NJW 1994, 948, m.H. auf *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405, 414.

⁷⁰¹ OLG Stuttgart NJW 1977, 1779.

⁷⁰² Das Gericht stellte hierzu fest, dass die Frau deshalb unentgeltlich für den Mann gearbeitet habe, weil sie von einer späteren Heirat ausgegangen sei.

von 600 DM rückwirkend zu.

b) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.10.2007

Bislang lehnte der Bundesgerichtshof Ausgleichsansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus dem Bereicherungsrecht ab, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft dem Grunde nach keine Rechtsgemeinschaft darstelle und somit nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein könne. Mit der Entscheidung vom 31.10.2007 lässt der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nunmehr eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung erkennen.⁷⁰³

Im konkreten Fall überwies der Mann seiner nichtehelichen Lebensgefährtin einige Monate vor seinem Tod einen Betrag von ca. 40.000 Euro mit dem Vermerk „Umbuchung“. Im Zeitpunkt der Überweisung war er bereits schwer krebserkrankt und wusste, dass er nicht mehr lange leben würde. Der Sohn des Mannes macht nun als gesetzlicher Erbe einen Anspruch auf Rückzahlung dieses Betrages geltend, weil er diesen als Darlehensgewährung ansieht.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs scheiden im Ergebnis sämtliche Ansprüche des Sohnes aus. Das Vorliegen eines Darlehensvertrags zwischen dem verstorbenen Mann und seiner Lebensgefährtin konnte bislang nicht nachgewiesen werden.⁷⁰⁴ Von einer Schenkung kann deshalb nicht ausgegangen werden, weil „unbenannte Zuwendungen“⁷⁰⁵ keine Geschenke im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB und daher nicht ausgleichsfähig sind. Auch das Gesellschaftsrecht bietet für den vorliegenden Fall keinen Lösungsansatz, da es an einer gemeinschaftlichen Wertschaffung, die über das Zusammenleben hinausgeht, fehlt.⁷⁰⁶

⁷⁰³ BGH NJW 2008, 443.

⁷⁰⁴ BGH NJW 2008, 443, 444.

⁷⁰⁵ Der Senat spricht bei der hier vorliegenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft von „gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen“, vgl. BGH NJW 2008, 443, 444 f. – Rz. [16, 23].

⁷⁰⁶ BGH NJW 2008, 443, 445 – Rz. [24].

Ausgleichsansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus dem Bereicherungsrecht hat das Gericht bislang grundsätzlich abgelehnt.⁷⁰⁷ „Partner einer gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaft (können) ihre persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht gegeneinander aufrechnen“, da ihre vorherige Beziehung ein „rein tatsächlicher Vorgang (gewesen ist), der keine Rechtsgemeinschaft begründet“. ⁷⁰⁸

Der Senat lässt dann jedoch erkennen, dass er durch die Kritik an dieser restriktiven Handhabung zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung tendiert.⁷⁰⁹ Nach Auffassung von *Lange* beinhalte die Entscheidung für das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keinen Verzicht darauf, Konflikte nach festen Rechtsregeln austragen zu wollen.⁷¹⁰ Gerade bei dinglichen Vermögensverschiebungen wiesen die Lebensgefährten einen auf die Änderung der Eigentumsposition gerichteten Rechtsfolgewillen auf.⁷¹¹

Ausgleichsfähig seien jedoch – in Anlehnung an eheliche Sachverhalte – nur diejenigen Beiträge, die über den laufenden Lebensunterhalt hinausgingen.⁷¹² In Betracht kämen dann sowohl Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als auch solche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.⁷¹³

Der 9. Zivilsenat ließ eine Streitentscheidung im Ergebnis jedoch offen, weil seiner Ansicht nach der Klageanspruch „unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet (ist)“. ⁷¹⁴

Im konkreten Fall scheide ein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus, weil die Zuwendung hier gerade nicht wie sonst üblich im Vertrauen auf den Fortbestand der Lebensgemeinschaft getätigt worden sei. Dem Mann sei

⁷⁰⁷ BGH NJW 2008, 443, 444 – Rz. [18].

⁷⁰⁸ BGH a.a.O.

⁷⁰⁹ BGH NJW 2008, 443, 444 – Rz. [19].

⁷¹⁰ *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 6.

⁷¹¹ *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 230 f.; vgl. auch *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217, 1219.

⁷¹² *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch, S. 233; *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 119.

⁷¹³ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 44 IV Rn. 24.

⁷¹⁴ BGH NJW 2008, 443, 445 – Rz. [22].

vielmehr bereits im Zeitpunkt der Leistung an seine Lebensgefährtin bewusst gewesen, dass mit seinem Tode die nichteheliche Lebensgemeinschaft beendet sein würde.⁷¹⁵ Für einen Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB fehle es überdies an dem Tatbestandsmerkmal der Zweckverfehlung, da schon keine übereinstimmende Zweckvereinbarung vorgelegen habe. Die Zahlung erfolgte lediglich „in Anerkennung zurückliegender Unterstützungsleistungen der Partnerin und nicht in Verfolgung künftiger Ziele“.⁷¹⁶

c) Literaturansätze

Eine im Vordringen befindliche Meinung bevorzugt die generelle vermögensrechtliche Abwicklung über die *condictio ob rem*.⁷¹⁷ Die gemeinsame Zweckabrede im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt BGB liege dabei in der Absicht der Partner, über einen längeren Zeitraum an der konkreten Sache teilzuhaben.⁷¹⁸ Teilweise wird eine konkludente Zweckvereinbarung „nur bei größeren Investitionen [...], die über die im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft üblichen Zuwendungen“ anerkennt.⁷¹⁹ Demnach ließen Leistungen, die „üblicherweise ohne besondere Vergütungserwartung erbracht werden“ keinen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch zu.⁷²⁰ Die hierzu angeführten Beispiele erfassen Beiträge zur Anschaffung eines Pkw und solche zur Errichtung oder Renovierung eines Eigenheims.⁷²¹

Vereinzelt wird der Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt BGB als zentrale Anspruchsgrundlage für den Ausgleichsanspruch nach Beendigung der

⁷¹⁵ BGH NJW 2008, 443, 445 – Rz. [26].

⁷¹⁶ BGH NJW 2008, 443, 445 – Rz. [25].

⁷¹⁷ Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 91; Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 314 f.; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 580 ff.; Strätz, FamRZ 1980, 434, 435; Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 414; Diederichsen, FamRZ 1988, 889, 896 f.

⁷¹⁸ Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 115.

⁷¹⁹ Lüderitz/Dethloff, S. 224; vgl. auch Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 115.

⁷²⁰ Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 308, 312 (als Beispiel nennt der Autor: Haushaltsführung und Krankenbetreuung); vgl. ebenso Strätz, FamRZ 1980, 434, 435; Diederichsen, FamRZ 1988, 889, 896 f.

⁷²¹ Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 91.

nichtehelichen Lebensgemeinschaft – unabhängig vom Wert der Sache – angesehen.⁷²²

In ihrer Urteilsanmerkung ist *Wellenhofer* der Meinung, dass sich durch das Urteil „nichts Neues“ ergäbe.⁷²³ Es verbliebe vielmehr beim Grundsatz der Nichtausgleichung, den der Bundesgerichtshof auch hier im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung wieder bestätigte. Allerdings sei abzuwarten, ob der 12. Zivilsenat – wie er im Urteil unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe – bei einer künftigen Entscheidung die bisherige Nichtanwendung des Bereicherungsrechts und der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ändere.⁷²⁴

Im Übrigen gilt § 814 BGB im Rahmen der „Zweckverfehlungskondition“ nicht, da sich dieser Ausschlusstatbestand nur auf die *condictio indebiti* bezieht.⁷²⁵ Kann dem Leistungsempfänger im Einzelfall positive Kenntnis im Sinne von § 820 Abs. 1 BGB nachgewiesen werden, haftet er verschärft. Dies sei einer Auffassung zufolge sogar der Regelfall, „da der Empfänger um die jederzeitige Lösbarkeit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (weiß) und damit gegebenenfalls auch die Beendigung der gemeinsamen Nutzung vorhersehen (kann)“.⁷²⁶

Liegen beiderseitige Bereicherungsansprüche vor, sind diese unabhängig voneinander abzuwickeln. Die so genannte „Saldotheorie“ greift nicht ein, da es an der notwendigen Annahme des „faktischen Synallagmas“ fehlt. Der Vermögensgegenstand wird nicht „um der Gegenleistung des anderen willen, sondern zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks geleistet“.⁷²⁷

⁷²² *Lipp*, AcP 180 (1980), 537, 584 f.

⁷²³ *Wellenhofer*, BOLMK 2008, 251355.

⁷²⁴ *Wellenhofer*, a.a.O.

⁷²⁵ *Sprau*, in: Palandt, § 814 Rn. 1; *Lieb*, in: MünchKomm-BGB, § 814 Rn. 3.

⁷²⁶ *Lange*, in: Soergel, Nehel LG Rn. 94.

⁷²⁷ *Lange*, a.a.O.

d) Stellungnahme

Die sich abzeichnende Änderung der Rechtsprechung des 12. Zivilsenats ist zu begrüßen. Das Bereicherungsrecht in Form der „Zweckverfehlungskondiktion“ eignet sich als primäres Lösungsmodell bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Unter das Merkmal der Zweckvereinbarung lassen sich abstrakte Fallkonstellationen subsumieren, die zur Schaffung von Rechtssicherheit führen. Wie sich die Rechtsprechung künftig entwickelt, bleibt abzuwarten.

8. Grenzen vertraglicher Regelungen

Den vertraglichen Regelungen zwischen nichtehelichen Lebenspartnern werden vor allem durch die Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB Grenzen gesetzt. Ebenso sind Vereinbarungen unwirksam, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB verstoßen.

Vorab ist festzuhalten, dass das Zusammenleben nichtehelicher Partner nach einhelliger Meinung als nicht mehr sittenwidrig gilt.⁷²⁸ Daraus folgt, dass der so genannte Partnerschaftsvertrag, der inhaltliche Regelungen des Zusammenlebens trifft, auch nicht (mehr) als grundsätzlich sittenwidrig angesehen werden kann.⁷²⁹ Der Bundesgerichtshof geht mittlerweile in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Zuwendungen in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft selbst dann nicht sittenwidrig sind, wenn einer der beiden Partner noch verheiratet ist.⁷³⁰

⁷²⁸ Vgl. BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGHZ 112, 259 = NJW 1991, 830; *Messerle*, JuS 2001, 28, 31; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1018 ff.; *Finger*, JZ 1981, 497, 505; a.A. noch BGH NJW 1968, 932.

⁷²⁹ Vgl. KG Berlin NJW 1982, 1886; *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1022; *de Witt/Huffmann*, Rn. 68.

⁷³⁰ BGH FamRZ 1965, 368; BGH NJW 1973, 1645; BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520; BGH NJW 1984, 2150; BGHZ 112, 259 = NJW 1991, 830; vgl. auch BGHZ 53, 369 = NJW 1970, 1273

In einem am 24.03.1987 vom Oberlandesgericht Hamm entschiedenen Fall hatte das Berufungsgericht eine sittenwidrige Vereinbarung für den Fall bejaht, dass eine Abfindungszahlung bei Aufhebung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch einen Partner fällig wurde.⁷³¹ Das Gericht war der Auffassung, dass eine „Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft [...] selbst in der Ehe nicht erreichbar“ ist und daher der „Schutz der persönlichen Entscheidungsfreiheit [...] eine solche Regelung“ verbietet.⁷³² Daher verstehe es sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts „von selbst, daß derartige Pflichten auch nicht auf dem Umweg der Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall des Auseinandergehens sanktioniert werden können“. Eine „Regelung, die an die Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft einen Abfindungsanspruch in Form einer Strafe für persönliches Verhalten knüpft, (ist) sittenwidrig und somit nach § 138 BGB nichtig“.⁷³³

Anders verhält es sich freilich, wenn dem wirtschaftlich schwächeren Partner eine Abfindung für den Fall der Trennung eingeräumt wird. Ein solches Zahlungsversprechen ist nicht als sittenwidrig anzusehen. Dies hat das Oberlandesgericht Köln in seinem Urteil vom 22.11.2000 entschieden.⁷³⁴

Im konkreten Fall verpflichtete sich der Mann zu einer Abfindungszahlung in Höhe von 50.000 DM für den Fall der Trennung von seiner erwerbslosen Partnerin. Darüber hinaus sollte sich dieser Betrag für jedes weitere Jahr des Zusammenlebens um 3.000 DM erhöhen. Das Gericht stellte zunächst fest, dass auf dieses Zahlungsversprechen weder die Vorschriften des ehelichen Güterrechts noch des Schenkungsrechts anwendbar seien.⁷³⁵ Die Zahlungszusage qualifizierte das Gericht zutreffend als Schuldversprechen im Sinne von § 780 S. 1 BGB, weshalb deren handschriftliche Form ausreichte. Ferner war das Ge-

(zum so genannten „Geliebtentestament“).

⁷³¹ OLG Hamm NJW 1988, 2474.

⁷³² OLG Hamm NJW 1988, 2474, 2475.

⁷³³ OLG a.a.O.

⁷³⁴ OLG Köln FamRZ 2001, 1608.

⁷³⁵ OLG Köln FamRZ 2001, 1608, 1609.

richt der Ansicht, dass das Zahlungsversprechen einen bewussten Beitrag des Versprechenden zur Erhaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft darstellt, da die eingeräumte finanzielle Absicherung die Empfängerin zur Fortsetzung der Lebensgemeinschaft bewegen sollte.⁷³⁶

Die Sittenwidrigkeit dieses Schuldversprechens scheitere bereits daran, dass der Lebenspartnerin „das finanzielle Risiko eines Scheiterns der Lebensgemeinschaft“ abgenommen werde.⁷³⁷ Insofern könne sich für die wirtschaftlich schwächere Frau keinerlei Nachteil ergeben. Im Ergebnis sprach das Oberlandesgericht Köln der Klägerin somit den Zahlungsanspruch in Höhe von 50.000 DM zu.

In einem ähnlichen Fall hatte das Oberlandesgericht Hamm am 20.04.1999 entschieden, dass „eine Vereinbarung zwischen zukünftigen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Absicherung eines Partners mittels Wohnrechts und Unterhaltszusage vor den Folgen seiner Scheidung für den Fall, daß die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht zustande kommt, [...] nicht sittenwidrig (ist)“.⁷³⁸

Zusammenfassend sind folgende Gründe festzuhalten, die für einen Abfindungsanspruch des nichtehelichen Lebenspartners und damit gegen eine sittenwidrige vertragliche Abfindungsregelung sprechen: Zumindest teilweiser Erwerbsverzicht, fehlende Alterssicherung und Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in das Erwerbsleben.

In früheren Entscheidungen ging der Bundesgerichtshof nur dann noch von der Sittenwidrigkeit der Zuwendung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus, wenn diese „ausschließlich die geschlechtliche Hingabe belohnen oder den anderen zur Fortsetzung der sexuellen Beziehung“ bestimmen sollte.⁷³⁹

⁷³⁶ OLG a.a.O.

⁷³⁷ OLG Köln FamRZ 2001, 1608, 1610.

⁷³⁸ OLG Hamm FamRZ 2000, 95.

⁷³⁹ BGH NJW 1983, 674; BGH NJW 1984, 2150.

Einen Sonderfall stellt eine Vereinbarung über die Einnahme empfangsverhütender Mittel dar. Hierzu entschied der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17.04.1986, dass eine „unter Partnern einer nichtehelichen Gemeinschaft getroffene Abrede über den Gebrauch empfängnisverhütender Mittel [...] den engsten persönlichen Freiheitsbereich (berührt) und (daher) einer rechtsgeschäftlichen Regelung nicht zugänglich (ist)“.⁷⁴⁰ Neben vertraglichen Ansprüchen schloss der Bundesgerichtshof für diesen Fall auch Schadensersatzansprüche aus dem Deliktsrecht aus. Dies gelte nach Ansicht des Gerichts selbst bei vorsätzlicher bzw. arglistiger Täuschung im Sinne des § 826 BGB.⁷⁴¹

9. Sonstige Anspruchsgrundlagen

a) Deliktsrecht

Im Bereich des Deliktsrechts wird regelmäßig nur § 826 BGB relevant, wobei die Anwendbarkeit der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung sehr einzelfallabhängig ist.

Das Oberlandesgericht Celle stellte in seinem Urteil vom 18.11.1982 fest, dass eine Schadensersatzpflicht des Beklagten nach § 826 BGB dann gegeben ist, wenn der Partner bei Entgegennahme von 5.000 Euro für einen gebrauchten PKW bereits die Absicht hatte, seine Lebensgefährtin zu verlassen.⁷⁴² Im vorgelegten Fall konnte die Klägerin dies jedoch nicht beweisen.

In der bereits angesprochenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.04.1986 lehnte dieser einen Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB für den Fall ab, dass die unverheirateten Lebenspartner eine Abrede über den Ge-

⁷⁴⁰ BGHZ 97, 372 = NJW 1986, 2043; vgl. hierzu auch *Brudermüller*, in: Palandt, § 1353 Rn. 7 der diese die Sanktionslosigkeit für „bedenklich“ hält; zustimmend *Götz*, S. 24.

⁷⁴¹ BGH NJW 1986, 2043, 2045.

⁷⁴² OLG Celle NJW 1983, 1065, 1066.

brauch empfängnisverhütender Mittel trafen, wogegen die Frau alsbald verstieß.⁷⁴³ Das Gericht sah hierbei bereits den Anwendungsbereich des § 826 BGB nicht eröffnet, denn: „Der Intimbereich zweier volljähriger Partner, die beim freiwilligen Geschlechtsverkehr nicht nur ihr sexuelles Bedürfnis befriedigen, sondern das Entstehen von Leben verantworten, unterliegt im Falle der Geburt eines Kindes grundsätzlich auch dann nicht dem Deliktsrecht, wenn der eine Partner dabei den anderen über die Anwendung empfängnisverhütender Maßnahmen getäuscht hat“.⁷⁴⁴

Insofern ist der Anwendungsbereich des Deliktsrechts bisher auf wenige Ausnahmefälle begrenzt gewesen.

b) Wegfall der Geschäftsgrundlage

(1) Meinungsstand

Eine teilweise in der Literatur vertretene Meinung sieht in der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs.1 BGB. Demnach könne der Leistende einen Anspruch auf Rückforderung der konkreten Sache gemäß §§ 313 Abs. 1, Abs. 3, 346 Abs. 1 BGB gegen den Empfänger geltend machen.⁷⁴⁵

Teilweise wird bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine „schwere Äquivalenzstörung“ angenommen, die zum Wegfall eines zuvorigen, beiderseitig verpflichtenden Vertrages führe.⁷⁴⁶ Vereinzelt wird ein Ausgleichsanspruch nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage auch

⁷⁴³ BGHZ 97, 372 = NJW 1986, 2043.

⁷⁴⁴ BGH NJW 1986, 2043, 2045.

⁷⁴⁵ Lange, in: Soergel, Nehel LG Rn. 97; Löhnig, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 ff. Rn. 128 f.; Kollhosser, in: MünchKomm-BGB, § 516 Rn. 85; Roth, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rn. 237; Grziwotz, MDR 1998, 129, 130; Plate, FuR 1995, 212, 213 f.; Heinle, FamRZ 1992, 1256, 1257 f.; de Witt/Huffmann, Rn. 377ff; Lipp, AcP 180 (1980), 537, 597 ff.; vereinzelt auch Instanzgerichte, vgl. vor allem OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1475 und OLG Karlsruhe NJW 1994, 948.

⁷⁴⁶ Lipp, AcP 180 (1980), 537, 597 ff.

dann angenommen, wenn „die Beibehaltung der Vermögensverhältnisse [...] (dem Leistenden) nach Treu und Glauben nicht zuzumuten (ist)“. ⁷⁴⁷

Die höchstrichterliche Rechtsprechung⁷⁴⁸ sowie die noch herrschende Ansicht in der Literatur⁷⁴⁹ geht jedoch davon aus, dass ein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage regelmäßig ausscheidet.

Die Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 1 BGB sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „die bei Abschluß eines Vertrags zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut“. ⁷⁵⁰ Ein Vertrag zwischen nichtehelichen Lebenspartnern liege jedoch gerade nicht in dem Umstand, dass zwei Partner sich zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen, da dies nur einen rein tatsächlichen Vorgang darstelle, der keine Rechtsgemeinschaft begründe. ⁷⁵¹

Lediglich in besonderen Einzelfällen hat die Rechtsprechung eine Lösung über § 313 Abs. 1 BGB aus Billigkeitserwägungen vorgenommen. ⁷⁵²

In der Literatur wird zur ablehnenden Begründung vorgebracht, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe eine „geringere Stabilität“ aufweise. ⁷⁵³ Überdies diene § 313 Abs. 1 BGB nicht dazu, „die Parteien von be-

⁷⁴⁷ Grziwotz, MDR 1998, 129, 130.

⁷⁴⁸ BGH NJW 1981, 1502; BGH NJW 1996, 2727; BGH NJW-RR 1996, 1473, 1474; BGH NJW 1997, 3371, 3372; BGH NJW 2004, 58, 59; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1223; OLG Koblenz FamRZ 1998, 770; offengelassen in BGHZ 77, 55, 58 f. = NJW 1980, 1520, 1521 u. BGHZ 112, 259 = NJW 1991, 830, 831.

⁷⁴⁹ Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 412; Derleder, NJW 1980, 545, 548; Finger, JZ 1981, 497, 503; Diederichsen, NJW 1983, 1017, 1024 (Fn. 146); Steinert, NJW 1986, 683, 686; Weinreich, FuR 1999, 356, 359; Krause, JuS 1989, 455, 458.

⁷⁵⁰ BGHZ 121, 378 = NJW 1993, 1856.

⁷⁵¹ BGH NJW 1996, 2727; BGH NJW 1997, 3371, 3372; OLG Koblenz NJW 2001, 2480, 2481; zustimmend Schlüter/Belling, FamRZ 1986, 405, 412.

⁷⁵² Vgl. dazu OLG Naumburg NJW 2006, 2418; OLG Frankfurt ZEV 1999, 404; OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1157.

⁷⁵³ Hausmann, in: Hausmann/Hohloch, S. 322.

wußt eingegangenen Risiken zu entlasten“.⁷⁵⁴

(2) Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.10.2007

Durch die bereits oben im Rahmen des Bereicherungsrechts angesprochene Entscheidung lässt sich auch beim Lösungsmodell über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erkennen.⁷⁵⁵ Hiernach hält sich der 12. Zivilsenat für künftige Sachverhalte die Möglichkeit offen, eine Abwicklung vermögensrechtlicher Positionen über § 313 BGB vorzunehmen.

Ein diesbezüglicher Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Beiträge setze dabei grundsätzlich voraus, „dass die Zuwendung im Vertrauen auf den Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt ist“.⁷⁵⁶

(3) Stellungnahme

Die Tendenz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs scheint eindeutig zu sein. Der für Ehegatten entwickelte Lösungsansatz zum Wegfall der Geschäftsgrundlage soll bei einem künftigen, geeigneten und vor allem einschlägigen Sachverhalt entsprechend auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden.

Bei Ehegatten hat der Bundesgerichtshof das Institut des „familienrechtlichen Kooperationsvertrag“⁷⁵⁷ herausgebildet, der stillschweigend vereinbart werden kann. Dies ist auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu übertragen. Nichteheliche werden ebenso wie eheliche Lebenspartner nicht zwangsläufig eine direkte Gegenleistung für erbrachte tatsächliche oder finanzielle Beiträge erwarten, sondern vielmehr „darauf vertrauen, daß sie im Rahmen der [...] Lebensgemeinschaft in einer ihren Verhältnissen entsprechenden Weise an den gemein-

⁷⁵⁴ Krause, JuS 1989, 455, 458.

⁷⁵⁵ BGH NJW 2008, 443.

⁷⁵⁶ BGH NJW 2008, 443, 445 – Rz. [26].

⁷⁵⁷ BGHZ 127, 48 = NJW 1994, 2545.

sam erarbeiteten Überschüssen teilhaben und auf diese Weise in den Genuß der Früchte ihrer Arbeit gelangen“.⁷⁵⁸ Dieser hinter dem erbrachten Beitrag stehende Gedanke stellt die Geschäftsgrundlage des Kooperationsvertrages dar, der auf dem Fortbestand der Partnerschaft und einem dauerhaften Geben und Nehmen beruht.

Scheitert nun die nichteheliche Beziehung, kann dies zum Wegfall der auf diesem Vertrag *sui generis* beruhenden Geschäftsgrundlage führen. Dies setzt eine „gemeinschaftsbezogene Zuwendung“ voraus. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs liegt diese in ehelichen Lebensgemeinschaften dann vor, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt.⁷⁵⁹ Er handele hierbei in der Erwartung, dass die eheliche Partnerschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und an dessen Früchten weiter teilhaben werde.⁷⁶⁰

Dieses Lösungsmodell lässt sich auf nichteheliche Lebensgemeinschaft übertragen.⁷⁶¹ Zum einen besteht faktisch kein Unterschied zwischen verheiratet und unverheiratet, wenn etwa beide Partner gemeinsam den Bau eines Wohnheims beschließen und hierbei erhebliche Vermögenswerte investieren. Sowohl die Intention des gemeinsamen Zusammenlebens als auch das Interesse, das Objekt gemeinsam zu nutzen, sind identisch.

Zum anderen spricht auch die Tatsache, dass ein Ausgleichsanspruch über § 313 BGB nur dann in Betracht kommt, wenn die Ehepartner im Güterstand der Gütertrennung leben, für eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften. Für nicht verheiratete Lebensgefährten gilt mangels spezieller Gesetzes- oder Vertragsregelung ebenfalls Gütertrennung.

⁷⁵⁸ So für die eheliche Lebensgemeinschaft BGH NJW 1994, 2545, 2546; vgl. BGHZ 8, 249 = NJW 1953, 418.

⁷⁵⁹ BGH NJW 2006, 2330; BGH NJW 1997, 2747; BGH NJW 1994, 2545.

⁷⁶⁰ BGHZ 142, 137 = NJW 1999, 2962.

⁷⁶¹ So auch *Löhnig*, in: Staudinger, Anh. zu § 1297 Rn. 129.

c) Gesamtschuldnerausgleich

Ausgleichsansprüche zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft können auch nach §§ 426 ff. BGB entstehen. Bei einer derartigen Gesamtschuldnerschaft kommt es im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich zu einer hälftigen Haftung hinsichtlich der Verbindlichkeit.

Bei Ehegatten wird die gesamtschuldnerische Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert.⁷⁶²

Auch bei Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Lebensgefährten in der Regel eine anderweitige Bestimmung im Sinne von § 426 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen haben.⁷⁶³ In der bereits oft zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.03.1980 lehnte dieser einen Gesamtschuldnerausgleich aus dem zuvor genannten Grund ab. Seiner Ansicht nach muss die anderweitige Bestimmung nicht unbedingt aus einer besonderen Vereinbarung der Beteiligten hervorgehen. Vielmehr könne sich diese auch „aus der Natur der Sache oder aus dem Inhalt und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben“.⁷⁶⁴ Insofern sieht das Gericht in der „Eigenart“ einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft „ein anderes [dahin] bestimmt, daß die Leistung, die ein Partner im gemeinsamen Interesse erbracht hat, jedenfalls dann, wenn darüber nichts vereinbart worden ist, von dem anderen Teil nicht auszugleichen ist.“⁷⁶⁵

Das Oberlandesgericht Koblenz bejahte in seinem Beschluss vom 20.02.1998 einen hälftigen Freistellungsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB für den Fall, dass eine „auf Ratenbasis gekaufte Einbauküche nach Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der bis dahin gemeinschaftlichen Wohnung

⁷⁶² BGH NJW 2000, 1944; BGH NJW 2005, 2307.

⁷⁶³ BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520.

⁷⁶⁴ BGH NJW 1980, 1520.

⁷⁶⁵ BGH NJW 1980, 1520, 1521.

des einen Partners (bleibt)“.⁷⁶⁶ Der Anspruch gelte jedoch nur für die bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft noch offen stehende Restschuld.

Auch die Rechtsprechung zum Gesamtschuldnerausgleich ist wenig überschaubar, konsequent und rechtsicher. Wie im Falle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und des Bereicherungsrechts liegen hier ebenfalls nur wenige Einzelentscheidungen vor, die mehr Billigkeit als Rechtsklarheit mit sich bringen.

Die Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 24.03.1980 ist dabei im Hinblick auf den Gesamtschuldnerausgleich nicht überzeugend. Für eine anderweitige Bestimmung im Sinne von § 426 Abs. 1 S. 1 BGB mag zwar die „Natur der Sache“ ausreichen. Jedoch fehlt die erforderliche tatsächliche Feststellung, dass die nichtehelichen Lebenspartner den gesetzlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ausschließen wollten. Meines Erachtens macht es sich der Bundesgerichtshof bei dieser fingierten Annahme ebenso zu einfach, wie er auch zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gesellschaftsrechts ein „faktisches Zustandekommen“ ausreichen lässt.⁷⁶⁷ Es bedarf jedoch gerade bei Partnerschaftsverhältnissen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die oftmals unklarer als eheliche feststellbar sind, einer eindeutigen tatsächlichen Feststellung der Verhältnisse sowie der zu Grunde liegenden Vereinbarungen. Es würde mehr zur bislang fehlenden Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beitragen, wenn die Rechtsprechung die Klärung der tatsächlichen Verhältnisse ernsthafter betriebe.

Eine etwaige Entscheidung, dass mangels nachgewiesener Vereinbarung ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB besteht, wäre dabei deutlicher als die bislang bestehende punktuelle Einzelfallrechtsprechung zu den verschiedenen Rechtsinstituten.

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass grundsätzlich kein Regressanspruch

⁷⁶⁶ OLG Koblenz NJW-RR 1998, 1227; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 2001, 95.

⁷⁶⁷ Vgl. dazu BGHZ 84, 388 = NJW 1982, 2863.

gegen den begünstigten Partner besteht, wenn die Kreditaufnahme der gemeinsamen Lebensführung diene.⁷⁶⁸

d) Geschäftsführung ohne Auftrag

In bestimmten Situationen, in denen ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des anderen Partners finanzielle Aufwendungen tätigt, kommt ein Anspruch wegen berechtigter oder unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683, 670 BGB in Betracht. So geht die Rechtsprechung bei Kreditaufnahme zu Gunsten des anderen Lebensgefährten davon aus, dass hierin ein konkludent erteilter Auftrag oder zumindest eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt.⁷⁶⁹

Der Bundesgerichtshof traf hierzu am 23.02.1981 eine Entscheidung. Im konkreten Fall bejahte das Gericht einen Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683, 670 BGB, da die Frau während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Kredit im Interesse ihres Lebensgefährten aufgenommen hatte und über die bereits aufgelöste Lebensgemeinschaft hinaus noch Ratenzahlungen auf diesen Kredit leisten musste.⁷⁷⁰ Die Kreditaufnahme der Frau – die dem Erwerb eines Pkw diene – lag hierbei im alleinigen Interesse des Lebensgefährten, da sie selbst über ein eigenes Auto verfügte.⁷⁷¹

In einer späteren Entscheidung vom 20.01.1983 lehnte der Bundesgerichtshof einen Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag ab.⁷⁷² Im vorgelegenen Fall machte der Mann einen Anspruch auf Erstattung gezahlter Handwerkerleis-

⁷⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1981, 1502, 1503; LG Bamberg NJW 1988, 1219.

⁷⁶⁹ BGH NJW 1981, 1502; OLG Frankfurt NJW 1985, 810; OLG Saarbrücken FamRZ 1998, 738, 739; vgl. aber OLG Oldenburg NJW 1986, 1817.

⁷⁷⁰ BGH NJW 1981, 1502, 1503.

⁷⁷¹ Ähnlich auch OLG Frankfurt NJW 1985, 810.

⁷⁷² BGH NJW 1983, 1055.

tungen in Höhe von ca. 5.000 DM am Haus seiner früheren Partnerin geltend. Nach Auffassung des Gerichts haben die Aufwendungen „im engen, unmittelbaren Zusammenhang mit der Lebensgemeinschaft gestanden und [...] gerade dazu gedient, das Haus für das gemeinsame Zusammenleben erst wohnlich zu machen“. Hierbei betonte der 2. Zivilsenat erneut den ständig angewandten Grundsatz, „daß Leistungen, die der eine oder andere Partner in diesem Zusammenhang erbringt, nicht gegeneinander abgerechnet werden sollen, es sei denn, man hätte miteinander etwas anderes vereinbart“.⁷⁷³ Im Ergebnis verneint das Gericht den Anspruch aus zwei tragenden Gründen: Zum einen lagen die durchgeführten Handwerkerleistungen zu einem erheblichen Teil auch in seinem Interesse. Zum anderen habe er im Zeitpunkt der Rechnungsbegleichung noch keine Absicht im Sinne von § 685 Abs. 1 BGB gehabt, Ersatz für seine Aufwendungen zu verlangen.⁷⁷⁴

Oftmals wird es auch am Tatbestandsmerkmal „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“ fehlen, da sich die Berechtigung aus dem „Benutzungs- und Gemeinschaftsverhältnis, das aus der nichtehelichen Lebensgemeinschaft resultiert“, ergeben kann.⁷⁷⁵

III. Stellungnahme

Eine Ausgleichslösung ist über die Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder die Zweckverfehlungskondition zu suchen. Das Gesellschaftsrecht eignet sich nicht als Anspruchsgrundlage zum Ausgleich für während der Beziehung geleistete Zahlungen.

Der gemeinschaftsbezogene Kooperationsvertrag ist, im Gegensatz zum jeweils speziellen Gesellschaftsvertrag, abstrakt bestimmbar. Da er in allen einschlägigen Fallkonstellationen den gleichen Inhalt haben wird, führt dies im Er-

⁷⁷³ BGH NJW 1983, 1055 m.H. auf BGHZ 77, 55 = NJW 1980, 1520.

⁷⁷⁴ BGH NJW 1983, 1055.

⁷⁷⁵ *Sprau*, in: Palandt, § 677 Rn. 6, 11; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 44 Rn. 21.

gebnis auch zu Rechtssicherheit. Die Kritik daran, dass auch bei der Lösung über § 313 BGB „Probleme einer Erfassung des konkreten Geschäfts und einer präzisen Ermittlung der Geschäftsgrundlage“ bestünden, lässt sich dadurch entkräften.⁷⁷⁶

Abschließend sei noch Folgendes angemerkt werden: Das Gesellschaftsrecht wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung – wie *Martiny* zutreffend beschreibt – als eine Art „Ersatzgüterrecht“ zur Abwicklung vermögensrechtlicher Beziehungen angewendet.⁷⁷⁷ Es stellt eine Notlösung zur rechtlichen Behandlung der in nichtehelichen Lebensgemeinschaften auftauchenden Probleme dar. Deshalb ist eine gesetzliche Regelung auch vorzugswürdig. Die vielfachen Einzelfallentscheidungen bilden weder ein erkennbares Gesamtsystem noch sorgen sie für Rechtsklarheit oder Rechtssicherheit.

⁷⁷⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 44 IV Rn. 24.

⁷⁷⁷ *Martiny*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 89.

I. Die gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Allgemeines

Die Frage des „ob“ und „wie“ einer gesetzlichen Regelung wird bereits seit einigen Jahren lebhaft diskutiert. Dabei stellte zunächst *Henrich* die berechtigte Frage, ob es „die“ nichteheliche Lebensgemeinschaft überhaupt gibt oder wir es nicht vielmehr mit verschiedenen Formen des eheähnlichen Zusammenlebens zu tun haben, so dass eine einheitliche Regelung nicht normierbar ist.⁷⁷⁸

Dem ist entgegenzuhalten, dass mit einer detailliert gefassten abstrakten Regelung durchaus eine konkrete Erfassung der „üblichen“ nichtehelichen Lebensgemeinschaft erreicht werden kann.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft überhaupt zulässig ist. Darin könnte ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG zu sehen sein. Dessen grundrechtlicher Schutz postuliert jedoch keine Monopolstellung der Ehe als einzige gesetzlich regelbare Form des Zusammenlebens.⁷⁷⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in seiner Entscheidung vom 03.04.1990 festgestellt, dass aus dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG „keine Pflicht zu entnehmen (ist), nichtehelichen Gemeinschaften jedwede rechtliche Anerkennung zu versagen und mit allen Mitteln darauf hinzuwirken, daß ihnen die zu ihrer Führung erforderlichen finanziellen und sonstigen Mittel entzogen werden“.⁷⁸⁰ Da jedoch der grundgesetzliche Schutz der Ehe nicht unterlaufen oder wertlos gestellt werden dürfe, verbiete sich eine vollständige Gleichstel-

⁷⁷⁸ *Henrich*, S. 16.

⁷⁷⁹ BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, 1593; *Zuleeg*, NVwZ 1986, 800, 803; *Gröschner*, in: Dreier-GG, Art. 6 Rn. 29; *Schmitt-Kammler*, in: Sachs, Art. 6 Rn. 43; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, 4. Aufl., Art. 6 Rn. 5.

⁷⁸⁰ BVerfG NJW 1990, 1593, 1594.

lung.⁷⁸¹ Der „besonders privilegierte Status der Ehe“ müsse erhalten bleiben.⁷⁸² Dies schließe die Heranziehung eherechtlicher Vorschriften jedoch nicht aus.⁷⁸³

Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist darauf beschränkt, dass keine Benachteiligung der Ehe eintreten darf. Eine teilweise oder auch umfassende Regelung einer alternativen Form des Zusammenlebens bringt für sich genommen keine Schlechterstellung der Ehe mit sich. Wenn an einzelnen Stellen von einer umfassenden Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften gesprochen wird, ist damit keine systematische Gleichstellung mit der Ehe bezweckt. Es geht vielmehr darum, die vereinzelt auftauchenden Risiken unter den Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufzuteilen.⁷⁸⁴

II. Ungewollter Rechtsschutz

Immer wieder taucht an den unterschiedlichsten Stellen die Behauptung auf, dass Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft diese bewusst deshalb wählten, damit sie von den ehelichen Rechtsregelungen nicht erfasst würden.⁷⁸⁵ Sie begäben sich somit freiwillig in eine Art rechtsfreien Raum und erwarteten daher auch keinerlei Rechtsschutz.

Eine überzeugende Argumentation zur Widerlegung dieser These ist dabei besonders v. Münch gelungen.⁷⁸⁶ Nur weil die nichtehelichen Lebensgefährten zu- meist aus ökonomischen Gründen eine Eheschließung ablehnten, hieße das noch nicht, dass diese auf den Rechtsschutz schlechthin verzichten würden.

⁷⁸¹ V. Münch, in: v. Münch/Kunig, 4. Aufl., Art. 6 Rn. 5; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 44; *Weimar*, MDR 1997, 713, 714; *Zippelius*, DÖV 1986, 805, 809.

⁷⁸² V. Münch, ZRP 1988, 327.

⁷⁸³ *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, 5. Aufl., Art. 6 Rn. 7; *Schmitt-Kammler*, in: Sachs, Art. 6 Rn. 43.

⁷⁸⁴ Vgl. hierzu auch *Schwenzer*, S. 224.

⁷⁸⁵ vgl. BGH FamRZ 1983, 1213; OLG Düsseldorf NJW 1979, 1509; Diederichsen, NJW 1983, 1017, 1025.

⁷⁸⁶ V. Münch, ZRP 1988, 327, 328.

Man müsse vielmehr die Frage stellen: „Wie sind Konflikte von Lebensgefährten zu lösen, die außerhalb des vom Eherecht gesetzten Rahmens leben?“. ⁷⁸⁷

Meines Erachtens zeigt gerade die zunehmende Inanspruchnahme der Gerichte, um über einzelne zumeist finanzielle Streitpunkte entscheiden zu lassen, eine stetige Weiterentwicklung der gesellschaftlichen und damit einhergehenden rechtlichen Verhältnisse. Dies betrifft insbesondere Rechtsstreitigkeiten, bei denen es um getroffene Vertragsvereinbarungen geht. Hierbei ist offensichtlich, dass die Partner selbst ein Regelungsbedürfnis annehmen und vorsorglich Vereinbarungen treffen. Bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit oder Reichweite der einzelnen Regelungen werden dann die Gerichte zur Rechtsentscheidung aufgesucht. Insofern kann keinesfalls davon gesprochen werden, dass die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sich weit entfernt von Recht und Gesetz begeben wollten. ⁷⁸⁸

Das bloße Fehlen von Vertragsregelungen bedeutet nicht automatisch den Verzicht auf Rechtsschutz. Dies würde voraussetzen, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft in bewusster Abgrenzung zur Ehe eingegangen wird. Auch müssten die Partner ausreichende Kenntnisse über die rechtlichen Beziehungen innerhalb einer Ehe haben. Dies wird man jedoch im echten Leben sehr selten antreffen.

Im Übrigen ist auf den jeweiligen Zeitpunkt der nichtehelichen Lebensgemeinschaft abzustellen. Dass sich die Partner am Anfang ihrer Beziehung wohl kaum Gedanken über die rechtlichen Probleme bei der Auflösung der Lebensgemeinschaft machen, ist weithin bekannt. Dieselbe Situation liegt jedoch auch bei Ehegatten vor. Hier vertraut die Mehrzahl der Verheirateten ebenso darauf, dass „alles gut gehen werde“.

Lediglich 20 % der nichtehelichen Lebenspartner haben einen Vertrag geschlossen, wobei diese Zahl mit den verheirateten Lebenspartnern nahezu

⁷⁸⁷ V. Münch, a.a.O.

⁷⁸⁸ Vgl. dazu bereits Schwenger, S. 223.

identisch ist.⁷⁸⁹

Im Ergebnis gehen die Partner in beiden Zusammenlebensformen davon aus, dass sie bei Beendigung der Beziehung zumindest keine Nachteile erlangen. Für das Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung unter Ehegatten stellt das Gesetz Auffangvorschriften bereit. Der Gesetzgeber hat richtigerweise erkannt, dass es in Einzelfällen zu ungerechten Ergebnissen kommen kann. Bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften fehlt eine solche Regelung. Ein Schutz des wirtschaftlich schwächeren Partners ist jedoch ebenso geboten, wie bei Ehegatten. Allenfalls über dessen Reichweite und Umfang kann diskutiert werden.

III. Lösungsansätze

Im Folgenden soll auf die diversen Lösungsansätze eingegangen werden, die im Laufe der vergangenen Jahre aufgekommen sind.

1. Peter Weimar

Weimar will eine „zweite Eheform“ neben der heute bestehenden zulassen, wobei Paare die Wahl zwischen der traditionellen und der neuen Eheform hätten.⁷⁹⁰ Als Begründung führt er an, dass nur die Ehe auf Grund ihrer Bindungswirkung die „Unverbrüchlichkeit des Treueversprechens“ gewährleiste. Es bestehe ein generelles Bedürfnis zu einer „Reform der Ehe“, damit diejenigen, die sich heutzutage für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft entscheiden, wieder die Ehe dem Konkubinat vorziehen würden. Als inhaltliche Ausgestaltung dieser „alternativen Ehe“ werden folgende Aspekte genannt:

⁷⁸⁹ *Wacke*, in: MünchKomm-BGB, Nach § 1302 Rn. 14 [Fn. 83].

⁷⁹⁰ *Weimar*, in: Hollerbach/Maier/Mikat, S. 96 ff.

- Es gelten keine besonderen Regelungen hinsichtlich der persönlichen Beziehungen.
- Es entstehen keine Unterhaltsansprüche.
- Es besteht der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung.
- Unterhaltsansprüche Dritte bleiben unberührt.
- Kein gesetzliches Erbrecht.
- Neben der „neuen“ Eheform ist keine zweite Ehe begründbar.
- Es gelten dieselben Kindesverhältnisse wie in der bisherigen Eheform.

2. Eva Marie v. Münch

V. Münch ist der Ansicht, dass durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft dem Grund nach keine beiderseitigen Rechte und Pflichten entstehen sollen. In besonderen Einzelfällen wären jedoch Ansprüche aus Billigkeitserwägungen denkbar.⁷⁹¹

Ein „auf dem Vertrauensschutz basierender Unterhaltsanspruch“ könne ihrer Auffassung nach dann bestehen, wenn der wirtschaftlich schwächere Partner den anderen Jahre lang gepflegt und betreut habe.⁷⁹² Eine ähnliche Situation sei auch im Falle der einverständlich eingegangenen „Hausfrauen-Lebensgemeinschaft“ gegeben, bei der ein Partner zu Gunsten des anderen auf Beruf und Karriere verzichtet habe.⁷⁹³ Als bislang einzige Verfasserin sieht sie auch im Falle der Finanzierung der Berufsausbildung des Partners eine unterhaltsrechtlich relevante Fallkonstellation.⁷⁹⁴

⁷⁹¹ V. Münch, ZRP 1988, 327, 328.

⁷⁹² V. Münch, ZRP 1988, 327, 329.

⁷⁹³ V. Münch, a.a.O.

⁷⁹⁴ V. Münch, ZRP 1988, 327, 328.

3. Anne Röthel

Röthel wertet das bisherige „Zögern des Gesetzgebers“, eine umfangreiche Kodifikation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu erlassen, „im nachhinein als vorausblickende Klugheit“.⁷⁹⁵

So sei auch in Deutschland zu überlegen, ob man in Anlehnung an das französische Modell ein umfassendes Rechtsinstitut für sämtliche Formen nichtehelichen Zusammenlebens begründen möchte, oder ob man nach dem schwedischen Vorbild die nichteheliche Lebensgemeinschaft in wesentlichen Einzelpunkten mit der Ehe gleichstelle.⁷⁹⁶

Ihrer Auffassung nach ist es der Rechtsprechung bislang gelungen, einen „konsistenten Rechtsrahmen“ für nichteheliche Lebensverhältnisse zu finden. Insofern spreche auch nichts dagegen, der Judikative das weitere rechtliche Schicksal der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu überlassen. Momentan sieht die Verfasserin daher keinen „dezidierten Regelungsbedarf“.⁷⁹⁷

Allerdings gibt sie zu erkennen, dass sie als gesetzliche Regelung das skandinavische Modell bevorzugt. Das französische Modell führe demgegenüber zur Schaffung einer „Ehe minderen Rechts“.⁷⁹⁸

4. Nina Dethloff

Nach der Ansicht von Dethloff trägt das heutige Familienrecht den gesellschaftlichen Veränderungen nicht mehr Rechnung.⁷⁹⁹ Daher müsse es „das zentrale Anliegen für ein neues Familienrecht (sein), sachgerechte Regelungen für die

⁷⁹⁵ Röthel, ZRP 1999, 511.

⁷⁹⁶ Röthel, IPRax 2000, 74, 75; Röthel, ZRP 1999, 511, 516.

⁷⁹⁷ Röthel, ZRP 1999, 511, 517.

⁷⁹⁸ Röthel, a.a.O.

⁷⁹⁹ Dethloff, Recht schafft Zukunft, S. 187.

vielgestaltigen in der Gesellschaft existierenden Arten von Paarbeziehungen und Familienformen zu (schaffen)“.⁸⁰⁰ Hierbei stelle nicht etwa das Rechtsinstitut der Ehe den entscheidenden Anknüpfungspunkt für eine angemessene gesetzliche Regelung dar. Vielmehr sei allein die „gemeinsame Elternschaft“ – und zwar unabhängig von der Zusammenlebensform – entscheidend.⁸⁰¹

Die Risikoverteilung formuliert *Dethloff* wie folgt:

„Hat ein Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Einvernehmen mit dem anderen auf eine Erwerbstätigkeit oder beruflichen Aufstieg verzichtet, um die gemeinsamen Kinder zu betreuen, so hat der andere die Risiken mitzutragen, die sich aus dieser Entscheidung für den Fall der Trennung ergeben“.⁸⁰²

Aus dieser Erkenntnis heraus spricht *Dethloff* dem während der Partnerschaft erwerbslos gebliebenen Partner einen Beteiligungsanspruch an dem „während der Gemeinschaft eingetretenen Vermögenszuwachs“ zu. Ebenso stehe dem wirtschaftlich schwächeren Partner „ein Anspruch auf nachpartnerschaftlichen Unterhalt zu, wenn (dieser) nach der Trennung nicht in der Lage ist, sich durch eigene Erwerbstätigkeit zu unterhalten“.

Hinter diesen Ansprüchen steht der Gedanke, dass „eine einvernehmlich gewählte und gemeinsam praktizierte Arbeitsteilung einen Vertrauenstatbestand (begründet)“.⁸⁰³ So könne ihrer Ansicht nach „auch bei einer über längerer Zeit praktizierten Arbeitsteilung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ohne Kinder unter Umständen ein Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile in Betracht kommen“.

Eine Regelung bei unverheirateten Partnern sei ebenso erforderlich, wonach „die gemeinsam genutzte Wohnung nach Beendigung der Beziehung dem oder der Kinder betreuenden PartnerIn zugewiesen werden kann“.

Überdies könne das gesetzliche Schuldrecht „nicht zur Abwicklung der Folgen

⁸⁰⁰ *Dethloff*, Recht schafft Zukunft, S. 188.

⁸⁰¹ *Dethloff*, Recht schafft Zukunft, S. 189.

⁸⁰² *Dethloff*, a.a.O.

⁸⁰³ *Dethloff*, Recht schafft Zukunft, S. 190.

des Scheiterns familiärer Beziehungen (herangezogen werden)“.⁸⁰⁴ Jedoch verdiene derjenige einen Schutz durch die Rechtsordnung, der seine Zeit in die Familie investiert habe.⁸⁰⁵

Als Lösung schlägt *Dethloff* die Gewährung von Unterhaltsansprüchen bei „künftiger gemeinschaftsbedingter Bedürftigkeit“ vor. Des Weiteren müsse dem bedürftigen Partner auch ein vermögensrechtlicher Ausgleich für seine „in der Vergangenheit liegenden Beiträge“ zustehen, die zu einem Vermögenszuwachs bei dem wirtschaftlich stärkeren Partner geführt hätten.⁸⁰⁶ Hierzu bestünden verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung dieses Vermögensausgleichs: Entweder durch Gewährung eines Ausgleichsanspruchs gegen den wirtschaftlich stärkeren Partner oder durch das Entstehen von Miteigentum an den einzelnen Vermögensgegenständen. Als dritte Option käme auch die „automatische Anwendung des ehelichen Güterrechts“ in Betracht. Darüber hinaus sei ein gesetzliches Erbrecht zu Gunsten des nichtehelichen Lebensgefährten bei „länger dauernden Partnerschaften und Partnerschaften mit Kindern“ notwendig.

5. Jens M. Scherpe

Scherpe lehnt eine Alternativform zur Ehe ab.⁸⁰⁷ Vielmehr müssten die bestehenden Rechtsprobleme gelöst werden. Er kritisiert den oftmals erhobenen Hinweis darauf, dass es den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft frei stehe, ihre Rechtsverhältnisse durch vertragliche Vereinbarungen selbst zu regeln. Zum einen sei es „schlicht nicht möglich, sämtliche Rechtsverhältnisse vertraglich zu regeln, insbesondere dann, wenn das öffentliche Recht betroffen ist oder aber Rechte Dritter berührt werden“.⁸⁰⁸ Zum anderen könne von den nichtehelichen Lebenspartnern nicht verlangt werden, dass sich diese „vor der

⁸⁰⁴ *Dethloff*, in: FS-Schwab, S. 346.

⁸⁰⁵ *Dethloff*, in: FS-Schwab, S. 356.

⁸⁰⁶ *Dethloff*, a.a.O.

⁸⁰⁷ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 2.

⁸⁰⁸ *Scherpe*, a.a.O.

Begründung ihrer Lebensgemeinschaft an einen Tisch setzen und ihre Allgemeinen Lebensgemeinschaftsbedingungen aushandeln, schriftlich fixieren und zur Sicherheit noch von einem Notar überprüfen lassen“.

Im Rahmen einer gesetzlichen Regelung sähe Scherpe es als „sträflich“ an, wenn der Gesetzgeber einen „deutschen Weg“ einschlagen würde.⁸⁰⁹ Vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Familienrechts müsse eine im Einklang mit anderen europäischen Rechtsordnungen stehende Gesamterregung gefunden werden.⁸¹⁰ Vorzugswürdig sei dabei die „einfache“ Lebensgemeinschaft als Lösungsmodell für die Bundesrepublik Deutschland, die keinen formalisierten Akt für ihre Rechtswirkungen erfordere.⁸¹¹

Jedoch spreche auch einiges dafür, einen Publizitätsakt, wie etwa in Frankreich oder den Niederlanden zu fordern. Die Registrierung stelle einen klaren Anknüpfungspunkt dar, wodurch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geschaffen werde.⁸¹² Im Übrigen ließen sich nur Partner registrieren, die sich willentlich für die Verrechtlichung ihrer Lebensgemeinschaft entschieden hätten.

Der entscheidende Nachteil wäre jedoch, dass durch eine unterbleibende Registrierung der wirtschaftlich schwächere Partner weiterhin benachteiligt würde. Ihn gelte es jedoch vorrangig durch die neu zu schaffenden Regelungen zu schützen.⁸¹³

Der vielfach vorgebrachte Einwand, dass die privatautonome Entscheidung der Partner, ohne rechtliche Bindungen zusammenzuleben, verletzt werde, überzeugt *Scherpe* nicht. Seiner Ansicht nach sei nicht einzusehen, „warum der negativen Entscheidung gegen die Ehe eine größere Bedeutung beigemessen werden sollte als der positiven zur Lebensgemeinschaft“.⁸¹⁴ Vielmehr werde mit der Eingehung einer längerfristigen Lebensgemeinschaft „in gewissem Umfang

⁸⁰⁹ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 2.

⁸¹⁰ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 3.

⁸¹¹ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 584.

⁸¹² *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 583.

⁸¹³ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 584.

⁸¹⁴ *Scherpe*, a.a.O.

eine Verantwortung für den anderen Partner übernommen“.

Nichtehelichen Lebensgefährten soll jedoch ausdrücklich die Möglichkeit gegeben werden, von den gesetzlichen durch vertragliche Regelungen abzuweichen oder sie ganz auszuschließen.⁸¹⁵ Ebenfalls könne zur zusätzliche Schaffung von Rechtssicherheit die Möglichkeit des so genannten „opt-in“ geschaffen werden, wonach nichteheliche Lebensgemeinschaften zur Klarstellung eine Registrierung vornehmen könnten.⁸¹⁶

6. *Hans-Martin Käser*

Einen alternativen Lösungsvorschlag hat *Käser* in seiner Dissertation geäußert. Demnach sei „eher eine entsprechende Aufklärung als eine gesetzliche Regelung geboten, damit die Partner ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich“ regeln könnten.⁸¹⁷ Hierzu fordert er eine entsprechende Aufklärung „bereits im Sozialkundeunterricht in der Schule“ und zieht auch eine stärkere mediale Befassung der Thematik einer gesetzlichen Regelung vor. Es müsse „durch vermehrte Aufklärung und Öffentlichkeitsarbeit bei den Partnern ein Bewußtsein geschaffen werden, welche Risiken sie eingehen und welche Möglichkeiten ihnen das geltende Recht, insbesondere das eheliche Güterrecht, zur Gestaltung ihrer Verhältnisse gewährt“.⁸¹⁸

Die Ehe soll jedoch das einzige Rechtsinstitut bleiben, „das die personenrechtlichen Beziehungen zwischen Mann und Frau, die eine partnerschaftliche Beziehung eingehen wollen, umfassend regelt“.

⁸¹⁵ *Scherpe* fordert dabei ähnliche Maßstäbe wie bei Eheverträgen anzuwenden.

⁸¹⁶ *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 603.

⁸¹⁷ *Käser*, S. 140.

⁸¹⁸ *Käser*, a.a.O.

7. Vorschläge des 57. Deutschen Juristentages

Der 57. Deutsche Juristentag hatte sich im Jahre 1988 mehrheitlich für einen Unterhaltsanspruch für die Zeit nach Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in folgenden Fallkonstellationen⁸¹⁹ ausgesprochen:

- Betreuung gemeinsamer Kinder (84,6 % Zustimmung)
- Übernahme der Haushaltsführung unter Verzicht auf Berufstätigkeit (53,4 % Zustimmung)
- Pflegedienste für den Partner (50,7 % Zustimmung)

Für eine zeitliche und der Höhe nach begrenzte Unterhaltspflicht gab es eine Zustimmung von 92,9 %.

64,5 % der stimmberechtigten Teilnehmer sprachen sich für eine Vermögensaufteilung in einem besonderen – der Hausratsverordnung ähnlichen – Verfahren aus. Ebenfalls wurde die Erstreckung der §§ 1932, 1969 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften mehrheitlich gefordert. Die Einräumung eines gesetzlichen Erbrechts für den überlebenden unverheirateten Partner wurde allerdings mit großer Mehrheit (93,1 %) abgelehnt.

8. Manfred Lieb

Nach der Ansicht von *Lieb* obliege es nicht der Rechtsprechung, die im Hinblick auf „nicht legalisierte“ Lebensgemeinschaften offenen Wertungsfragen etwa im Wege einer Analogieanwendung zu entscheiden.⁸²⁰ Vielmehr sei dies Sache des Gesetzgebers.

Dabei stehe der vermögensrechtliche Ausgleich nach Beendigung der nichtehe-

⁸¹⁹ Vgl. dazu die Beschlüsse, abgedruckt in: NJW 1988, 2998.

⁸²⁰ *Lieb*, Gutachten A, S. 111.

lichen Lebensgemeinschaft „im Mittelpunkt der zivilrechtlichen Probleme“, wobei auch die Rechtsbereiche des Unterhalts- und Erbrechts erheblich seien.⁸²¹ *Lieb* spricht sich aus verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gründen gegen eine umfassende gesetzliche Regelung, etwa in Form eines „Konkubinats-Gesetzes“ aus.⁸²² Es sollten vielmehr einzelne Problemfelder und deren „Folgenfragen“ erörtert und einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.

Er lehnt die entsprechende Anwendung des § 742 BGB auf vermögensrechtliche Anteilnahme am Hausrat innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ab. Diese Norm sei auf die Verteilung von Vermögen, das im Laufe der Dauer einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft angeschafft werde, „schwerlich übertragbar“.⁸²³ Somit bestehe die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für die trennungsbedingte Hausratsaufteilung.

Seiner Ansicht nach soll sich ein entsprechender Eigentumsanteil an Vermögensgegenständen anhand des Einkommens richten, dass die Partner während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erzielt haben.⁸²⁴ Er stützt diesen Anknüpfungspunkt auf Nachweisprobleme, die regelmäßig hinsichtlich getätigter Beiträge entstünden, die nicht auf eine Erwerbstätigkeit zurückgeführt werden könnten. Das monatliche Einkommen sei jedoch ein leicht nachweisbarer Anhaltspunkt für die vermögensrechtliche Aufteilung. Dies mag zwar zu unfairen Ergebnissen bei „Hausfrauen-Lebensgemeinschaften“ führen, müsse jedoch hingenommen werden, da bewusst auf die Eingehung einer Ehe mit ihren vermögensrechtlichen Ausgleichs- und Schutzansprüchen verzichtet worden sei und daher keine Schutzbedürftigkeit bestehe.⁸²⁵

Ferner sei in zwei Konstellationen ein Unterhaltsanspruch nach Auflösung der

⁸²¹ *Lieb*, Gutachten A, S. 7 f.

⁸²² *Lieb*, Gutachten A, S. 8 f.

⁸²³ *Lieb*, Gutachten A, S. 78.

⁸²⁴ *Lieb*, Gutachten A, S. 79.

⁸²⁵ *Lieb*, Gutachten A, S. 78.

nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu bejahen. Dies sei zum einen dann der Fall, wenn ein Partner betreuungsbedürftige Kinder nach der Trennung versorge oder eine zuvor ausgeübte Berufstätigkeit aufgegeben und nach der Trennung nunmehr mit Wiedereingliederungsschwierigkeiten zu kämpfen habe.⁸²⁶ Problematisch ist hierbei, dass dies nach §§ 1570, 1573 BGB für den nachehelichen Unterhalt gilt. Eine nunmehr ähnliche gesetzliche Ausgestaltung könnte zur Folge haben, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Rechtsfolgen versehen werde, die ehetyisch seien und die nichtehelichen Lebenspartner gerade durch das Nichteingehen einer Ehe hätten vermeiden wollen.

Im Gegensatz zu §§ 1571, 1572 BGB, die sich direkt auf die eheliche Solidaritätsgemeinschaft beziehen, stellten §§ 1570, 1573 BGB besondere Bedürftigkeitsfälle dar, die nicht zwingend mit der vorhergehenden Ehe verbunden sein müssten. Gemeinsame Kinder sowie die Aufgabe einer Berufstätigkeit seien auch in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft frei getroffene Entscheidungen, aus denen sich eine spätere finanzielle Bedürftigkeit ergeben könne. Bei §§ 1571, 1572 BGB lägen demgegenüber Umstände vor, die die Person nicht aus freier Willensentschließung treffen oder vorhersehen könne.⁸²⁷

Die wesentliche Grundlage ergebe sich aus dem Vertrauensschutz während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁸²⁸ Hat etwa die Frau ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben, um das gemeinsame Kind zu betreuen, so habe sie dies im Vertrauen darauf getan, dass der Mann seinerseits sie bei Beendigung der Lebensgemeinschaft für einen gewissen Übergangszeitraum deshalb finanziell unterstützen werde, weil sie sich weiter um das Kind kümmern wird oder noch keine Erwerbstätigkeit gefunden habe.

Würde man nun eine derartige Unterhaltsregelung normieren, entstünde auch keine verfassungswidrige Gleichstellung mit eherechtlichen Regelungen. Einerseits bestehe ein über die Rechtsform der Ehe hinausgehender Bedarf nach ei-

⁸²⁶ *Lieb*, Gutachten A, S. 83.

⁸²⁷ *Lieb*, a.a.O.

⁸²⁸ *Lieb*, Gutachten A, S. 84.

ner finanziellen Unterstützung bei Kindesbetreuung oder aufgegebenen Erwerbstätigkeit. Andererseits könnten bei nichtehelichen Lebenspartnern andere Maßstäbe etwa an die Angemessenheit einer beruflichen Tätigkeit im Sinne von § 1574 BGB oder hinsichtlich des Ausmaßes des Unterhalts nach § 1578 BGB angesetzt werden. Auch die Dauer der Unterhaltsleistung könne unterschiedlich geregelt und dabei zeitlich und der Höhe nach begrenzt werden.⁸²⁹

Mit dem Unterhaltsanspruch gemäß § 1615I BGB habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass auch zwischen nichtehelichen Lebenspartnern ein Anspruch aus Vertrauens- und Schutzwürdigkeitsgesichtspunkten bestehe.⁸³⁰

§ 1615I BGB treffe jedoch keine Aussage darüber, wo das Kind aufgewachsen sei oder momentan lebe. Es existiere eine Bandbreite von keinem Kontakt zum Vater bis hin zum gemeinsamen Zusammenleben in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁸³¹ *Lieb* ist der Auffassung, dass ein über § 1615I BGB hinausgehender Anspruch dann besteht, wenn der Vater der Mutter durch die Ausgestaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft signalisiert hat, „er werde für die mit der Geburt des Kindes verbundenen Belastungen auch ihr gegenüber einstehen“.⁸³² Ein hierfür offensichtlicher Fall liege vor, wenn Mutter und Vater tatsächlich wie eheliche Eltern dem Kind und sich gegenüber auftreten.

Hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit tauche nun ein besonderes Problem auf. Wie *Lieb* zutreffend erkennt, erscheint es rechtspolitisch problematisch dem Unterhaltsberechtigten einen entsprechenden Unterhaltsanspruch zu gewähren, wenn er selbst die nichteheliche Lebensgemeinschaft beendet und hierdurch seine Bedürftigkeit selbst erst auslöst. Fraglich sei, ob im Gegensatz zur Ehe bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Verschuldungsgesichtspunkte für das Scheitern der Lebensgemeinschaft herangezogen werden sollten. Dies erscheine äußerst zweifelhaft, da bei der

⁸²⁹ *Lieb*, Gutachten A, S. 84 u. 87.

⁸³⁰ *Lieb*, Gutachten A, S. 84 f.

⁸³¹ *Lieb*, Gutachten A, S. 85.

⁸³² *Lieb*, a.a.O.

nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine freie Auflösbarkeit jederzeit bestehe und hierfür keinerlei Gründe angebracht oder Fristen beachtet werden müssten.⁸³³

Aus der Tatsache, dass die herrschende Meinung in der Literatur dem nichtehelichen Lebenspartner bei § 1969 BGB einen Anspruch auf den Voraus zuerkennt, entnimmt *Lieb*, dass in gewissen Bedürftigkeitsfällen eine zeitlich begrenzte Hilfeleistung erforderlich ist.⁸³⁴ Das Bedürfnis nach einer eigenständigen Hausratsregelung lasse sich hieraus ebenso begründen.

In einer Urteilsanmerkung äußerte sich *Lieb* auch zur Risikoverteilung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Demnach bestehen seiner Ansicht nach kein Zweifel, „dass zumindest der weibliche Teil einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit deren Eingehen ein ganz erhebliches, auch wirtschaftliches Risiko auf sich nimmt“.⁸³⁵ Oftmals verzichte dabei die Frau in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft „weitgehend [...] auf eigene (berufliche und sonstige) Lebensplanung und Lebensgestaltung“.

Abschließend spricht sich *Lieb* für einen Abfindungsanspruch der erwerbslosen Partnerin und damit gegen eine sittenwidrige vertragliche Abfindungsregelung in folgenden Fallkonstellationen aus: Beim Vorliegen eines (teilweisen) Erwerbsverzichts, bei fehlenden Rentenjahren und bei Schwierigkeiten bei der (Wieder-) Eingliederung in das Erwerbsleben.⁸³⁶

⁸³³ *Lieb*, Gutachten A, S. 87.

⁸³⁴ *Lieb*, Gutachten A, S. 94.

⁸³⁵ OLG Hamm DNotZ 1988, 712 m. Anm. *Lieb*, DNotZ 1988, 714 f.

⁸³⁶ OLG Hamm DNotZ 1988, 712 m. Anm. *Lieb*, DNotZ 1988, 714, 715.

9. Dieter Martiny

Martiny erkennt die mittlerweile etablierte gerichtliche Rechtspraxis zur nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft an.⁸³⁷ Er sieht jedoch ebenfalls eine vielfach bestehende Rechtsunsicherheit. Deshalb sei eine gesetzliche Regelung „nützlich und angebracht“. Diese sei heutzutage auch leichter zu vermitteln, da im Zuge der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften die Erkenntnis gewachsen sei, dass neben der Ehe auch andere Lebensformen rechtliche Verbindlichkeit erlangen könnten. Auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit und der negativen Eheschließungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG könnten jedoch keine so intensiven Bindungen gesetzlich geregelt werden, wie dies etwa bei der Ehe der Fall ist.⁸³⁸

Das französische Regelungsmodell des „PACS“ lehnt *Martiny* ab. Ein derartiges Mehrstufenmodell, das die nichteheliche Lebensgemeinschaft als ein zusätzliches Rechtsinstitut begreift, werde es im Hinblick auf die momentane gesetzliche Ausgestaltung der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft in Deutschland nicht geben können.

Er bevorzugt eine umfassende gesetzliche Regelung, die auf Grund ihrer Verwandtschaft mit dem Familienrecht auch ihren systematisch richtigen Standort im 4. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches einnehmen sollte.

10. Klaus Schumacher

Schumacher sieht keine Notwendigkeit für eine umfassende gesetzliche Regelung.⁸³⁹ Vielmehr bedürfe es einzelner Regelungen der jeweiligen Rechtsgebiete. In folgenden Konstellationen fordert er eine Ausdehnung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften:

⁸³⁷ *Martiny*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 96.

⁸³⁸ *Martiny*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 97.

⁸³⁹ *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 859.

- Beim Eintrittsrecht in einen Mietvertrag gemäß § 563 Abs. 1 BGB (§ 569a BGB a.F.),
- beim dinglichen Wohnrecht gemäß § 1093 Abs. 2 BGB,
- bei der ehelichen Sorgfaltspflicht gemäß § 1359 BGB,
- bei den erbrechtlichen Regelungen der §§ 1932, 1969 BGB,
- beim Angehörigenbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB,
- beim prozessualen Zeugnisverweigerungsrecht gemäß §§ 52 Abs. 1 StPO, 383 Abs. 1 ZPO,
- bei der Ersatzzustellung gemäß § 181 Abs. 1 ZPO⁸⁴⁰,
- beim Angehörigenprivileg gemäß §§ 67 Abs. 2 VVG, 116 Abs. 6 SGB X und
- bei der Eigentums- und Gewahrsamsvermutung gemäß §§ 1362 BGB, 739 ZPO.

In diesen Konstellationen sei die „rechtliche Qualität der Partnerbeziehung (lediglich) von untergeordneter Bedeutung“, da der Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift „für Ehegatten/Familienangehörige und für unverheiratet zusammenlebende Partner im Wesentlichen gleich zu beurteilen (ist)“. ⁸⁴¹ Anders liege die Situation bei den ehespezifischen Regelungen, da etwa die Schutznorm des § 1361a BGB bei nichtehelichen Lebenspartnern wegen der jederzeitigen Trennungsmöglichkeit keinen Sinn mache.

Schumacher schließt sich den Forderungen des 57. Deutschen Juristentages bezüglich eines begrenzten Unterhaltsanspruches nach Trennung und der Anwendung der Grundsätze der Hausratsverordnung bei der Vermögensaufteilung an.⁸⁴² Er bevorzugt wegen der „zu erwartenden rechtspolitischen Widerstände“ gegen eine umfassende Kodifikation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entsprechende Einzelregelungen.⁸⁴³

⁸⁴⁰ Mittlerweile durch § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO obsolet geworden.

⁸⁴¹ *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 859.

⁸⁴² *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 861 ff.

⁸⁴³ *Schumacher*, FamRZ 1994, 857, 863.

Ein Publizitätsakt in Form der Registrierung sei nicht angebracht.⁸⁴⁴ Der Sinn und Zweck des Schutzes des wirtschaftlich schwächeren Partners könnte dann weitgehend dadurch umgangen werden, dass der wirtschaftlich stärkere Partner eine Registrierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ablehne.

11. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Am 14.03.1997 hat die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen einen Gesetzentwurf „zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften (Nichteheliche-Lebensgemeinschaften-Gesetz – NeLgG)“ in den Bundestag eingebracht.⁸⁴⁵ Als Reaktion auf die gesellschaftliche Wandlung sollte das Gesetz den nichtehelichen Lebensgemeinschaften „die Rechtsstellung von Familienangehörigen“ einräumen.⁸⁴⁶

Der Entwurf schlug die Einfügung gesetzlicher Regelungen nach § 1302 BGB vor. Inhaltlich folgte die Begriffsbestimmung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁸⁴⁷ Ferner enthielt der Entwurf die Möglichkeit eines Publizitätsaktes in der Form, dass die nichtehelichen Partner bei gleichzeitiger Anwesenheit eine notarielle Erklärung über das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft abgeben könnten. Den nichtehelichen Lebensgefährten würde dann der Status eines Familienangehörigen zugesprochen.

⁸⁴⁴ Schumacher, FamRZ 1994, 857, 864.

⁸⁴⁵ BT-Drucks. 13/7228.

⁸⁴⁶ BT-Drucks. 13/7228, 1.

⁸⁴⁷ BT-Drucks. 13/7228, 2.

Hinsichtlich der Unterhaltspflicht sah der Gesetzentwurf folgende Regelung vor:

§ 1302d

Unterhaltsverpflichtung

- (1) Die Partnerinnen/Partner sind einander nicht zum Unterhalt verpflichtet. § 1615I BGB bleibt unberührt.
- (2) Ausnahmsweise besteht nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Anspruch auf Unterhalt, wenn es auf Grund der Umstände des Einzelfalles grob unbillig wäre, Unterhalt zu versagen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Partnerin/ein Partner wegen der Erbringung von Pflege- oder Erziehungsleistungen auf Wunsch des Partners während der Lebensgemeinschaft an der Unterhaltssicherung durch eigene Berufstätigkeit gehindert war und sich deshalb auch nach Beendigung der Lebensgemeinschaft nicht selbst unterhalten kann.
- (3) Der Unterhaltsanspruch nach Absatz 2 besteht nur solange und soweit es unter Berücksichtigung beider Partnerinnen/Partner und der Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaften der Billigkeit entspricht.

Für Streitigkeiten über die Berechtigung an den gemeinsam genutzten Hausratsgegenständen und der Wohnung sollte die Hausratsverordnung entsprechende Anwendung finden.⁸⁴⁸ Ebenfalls wurde die Zuständigkeit der Familiengerichte kodifiziert.

⁸⁴⁸ BT-Drucks. 13/7228, 3.

Die vorgeschlagene erbrechtliche Regelung lautete:

§ 1931a

Gesetzliches Erbrecht der nichtehelichen
Lebenspartnerin/des nichtehelichen Lebenspartners

(1) Die nichteheliche Partnerin/der nichteheliche Partner der Erblasserin/des Erblassers ist neben Verwandten der zweiten Ordnung und neben den Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzliche Erbin/gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält die Partnerin/der Partner auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 BGB den Abkömmlingen zufallen würde.

(2) Sind weder Verwandte der ersten oder zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält die überlebende Partnerin/der überlebende Partner die ganze Erbschaft.

Zuletzt sollten auch die erbrechtlichen Bestimmungen über den Voraus gemäß § 1932 BGB und den Dreißigsten gemäß § 1969 BGB angepasst werden um eine entsprechende Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erreichen.⁸⁴⁹

12. Klaus Vogelsang

Die rechtliche Auseinandersetzung mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nach Ansicht von *Vogelsang* „eine Frage der Rechtsanwendung, für die die Gerichte und nicht die Gesetzgeber zuständig sind“.⁸⁵⁰ Die vielfach notwendige Einzelfallabwägung könne am besten von der Rechtsprechung erreicht werden.

⁸⁴⁹ BT-Drucks. 13/7228, 10.

⁸⁵⁰ *Vogelsang*, in: Hausmann/Hohloch, S. 222.

Hierbei sei vorrangig auf die analoge Heranziehung bereits bestehender Normen zurückzugreifen. *Vogelsang* äußert Bedenken, ob gesetzliche Regelungen von Einzelfallaspekten wirklich zu dem gewünschten Erfolg führen können.

Er erkennt jedoch an, dass gerade im Bereich des Öffentlichen Rechts eine „große Rechtsunsicherheit hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft herrscht“.⁸⁵¹ Im Ergebnis lehnt er jedoch einen gesetzlichen Schutz der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mangels Gebotenheit ab. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft stelle keine Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft dar. Sie sei rechtlich nur schwer definierbar und das Zusammenleben in aller Regel nicht von einer gewissen Dauerhaftigkeit geprägt.⁸⁵²

13. *Herbert Trimbach und Assem el Alami*

Trimbach/El Alami heben die umfassende Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Australien als „wegweisend“ hervor.⁸⁵³ Insbesondere das mit dem Regelwerk eingeführte „große Maß an Entscheidungsspielraum und damit die Möglichkeit einer umfassenden Einzelfallbewertung“ eigne sich besonders gut für nichtehelichen Lebensverhältnisse.⁸⁵⁴ Dabei schlagen die Autoren folgende Regelung⁸⁵⁵ vor:

⁸⁵¹ *Vogelsang*, in: Hausmann/Hohloch, S. 767.

⁸⁵² *Vogelsang*, in: Hausmann/Hohloch, S. 771.

⁸⁵³ *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 57, 59.

⁸⁵⁴ *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 57, 61.

⁸⁵⁵ Vgl. *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 57, 62.

„(1) Aus der Lebensgemeinschaft gezogene Vorteile der Partner sind unter Berücksichtigung der für die Gemeinschaft erbrachten Leistungen auszugleichen. Hierbei sind auch nichtvermögenswerte Leistungen, insbesondere die Führung des gemeinsamen Haushalts, sowie die Erziehung eines oder mehrerer Kinder zu berücksichtigen.

(2) Über den zu gewährenden Ausgleich entscheidet das Gericht nach billigem Ermessen. Es berücksichtigt insbesondere

1. Beiträge, die zum Erwerb, zum Erhalt und zur Verbesserung von Vermögensgegenständen des anderen Partners erbracht worden sind;
2. Beiträge, die im Interesse des Partners oder der Gemeinschaft oder der zu ihr zählenden Kinder erbracht worden sind.

(3) Im Zweifel ist davon auszugehen, dass den Partner jeweils die Hälfte des während der Gemeinschaft Erworbenen zusteht.“

14. Uwe Diederichsen

Den nichtehelichen Lebenspartnern wird nach Auffassung von *Diederichsen* ein rechtlicher Status aufgezwungen, den sie gerade durch die Wahl dieser Partnerschaftsform hätten vermeiden wollen.⁸⁵⁶ Die damit verbundene Freiheitsbeschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG ist für Diederichsen das maßgebliche Argument gegen eine gesetzliche Regelung.⁸⁵⁷ Im Übrigen habe „die Rechtsordnung mit der Regelung der Ehe (auch) ihr Soll (bereits) erfüllt“.

⁸⁵⁶ *Diederichsen*, FamRZ 1988, 889, 896.

⁸⁵⁷ *Diederichsen*, NJW 1983, 1017, 1025.

15. Einzelvorschläge

Giesen spricht sich *de lege ferenda* für eine „zeitlich begrenzte Unterhaltsgewährung nach Beendigung der Gemeinschaft bei geleisteter Haushaltsführung und Betreuung gemeinschaftlicher Kinder“ aus, „um dem sozial schwächeren Partner eine reelle Chance zum Einstieg in ein selbständiges Leben zu geben“.⁸⁵⁸ Bei Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft fordert *Brudermüller* eine gesetzliche Unterhaltsregelung, die „auf Grund gemeinschaftlicher Lebensplanung aus Gründen des Vertrauensschutzes“ zu gewähren sei.⁸⁵⁹ Dieser Anspruch soll sowohl zeitlich als auch der Höhe nach begrenzt sein. Ferner spricht sich *Schwenzer* für eine gesetzliche Regelung der Vermögensauseinandersetzung bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus.⁸⁶⁰

Sandweg fordert den Gesetzgeber auf, „für die Vielzahl der Streitfälle“ Regelungen zu erlassen.⁸⁶¹ Als konkretes Beispiel nennt er eine der Hausratsverordnung entsprechende Kodifikation.

Die Lösung der Rechtsprobleme einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft werden sich nach Ansicht von *Messerle* „nur durch spezialgesetzliche Regelungen für nichteheliche Partnerschaften ausräumen lassen“. Dabei erkennt sie, dass „die Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenlebens, aber auch die Gefahr, entgegen dem Willen der Betroffenen eine Art Ehe zweiter Klasse zu schaffen, hier hohe Anforderungen an den Gesetzgeber (stellen wird)“.⁸⁶²

Heilmann ist der Auffassung, dass durch die Schaffung eines Gesetzes über die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die Bereitschaft der Lebenspartner erhöht werden könne, individuell-vertragliche Regelungen abzuschließen.⁸⁶³

⁸⁵⁸ *Giesen*, S. 482.

⁸⁵⁹ *Brudermüller*, in: Palandt, Vor § 1297 Rn. 18.

⁸⁶⁰ *Schwenzer*, JZ 1988, 781, 784.

⁸⁶¹ *Sandweg*, BWNotZ 1990, 49, 57.

⁸⁶² *Messerle*, JuS 2001, 28, 35.

⁸⁶³ *Heilmann*, JA 1990, 116, 121.

Eyrich hat Bedenken gegen die Normierung eines Unterhaltsanspruches bei Pflege des Partners und Nichtausübung der eigenen Berufstätigkeit.⁸⁶⁴ Dies führe zur „Statuierung einer Ehe minderen Rechts“. Dagegen spreche auch die Tatsache, dass derartige Unterhaltsverpflichtungen selbst in der Ehe wirksam ausgeschlossen werden könnten.

Nach Auffassung der früheren Bundesministerin für Justiz *Leutheusser-Schnarrenberger* ist der Gesetzgeber gefordert, „auf die gesellschaftliche Entwicklung der nichtehelich zusammenlebenden Paare zu reagieren und das Recht an einigen Stellen anzupassen“. ⁸⁶⁵ Dabei gehe es „nicht darum, nichteheliche Lebensgemeinschaften pauschal der Ehe gleichzustellen“. Vielmehr müsse der Gesetzgeber „durch vernünftige Einzelregelungen ungerechtfertigte und nicht nachvollziehbare Benachteiligungen [...] beseitigen“.

Lipp ist der Ansicht, dass es „auf dem Boden des geltenden Rechts nicht möglich (ist), Konkubinate rechtlich zu erfassen“. ⁸⁶⁶ Hierzu wäre die Schaffung eines „umfassenden, allgemeinen Personenrechts“ notwendig, „das neben Familie und Ehe weitere Formen des menschlichen Zusammenlebens einer rechtlichen Regelung unterwirft und in einen dogmatisch-systematischen Zusammenhang bringt“. Daher eigne sich die nichteheliche Lebensgemeinschaft als „eine enge, intim-personenhaft geprägte Lebensgemeinschaft“ nicht für eine Kodifikation. ⁸⁶⁷ Nach Auffassung von *Starck* darf eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht zu einem „indirekten Eheschließungszwang“ führen. ⁸⁶⁸ *Bosch* erkennt zutreffend, dass die Möglichkeit der analogen Anwendung einiger Vorschriften auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft angesichts ihrer Verbreitung auf Dauer nicht ausreichen werde. ⁸⁶⁹

⁸⁶⁴ *Eyrich*, ZRP 1990, 139, 142.

⁸⁶⁵ *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 1995, 81, 82.

⁸⁶⁶ *Lipp*, AcP 180 (1980) 537, 572 f.

⁸⁶⁷ *Lipp*, a.a.O.

⁸⁶⁸ Votum von *Starck*, in: *Ihrig*, JZ 1989, 31.

⁸⁶⁹ *Bosch*, FamRZ 1997, 65, 67.

Steinert ist der Meinung, dass es nicht „Sache der Gerichte - und [...] auch nicht des Gesetzgebers (ist), die Gedanken- und Sorglosigkeit einzelner auch dann noch zu schützen, wenn es rechtliche Möglichkeiten des Selbstschutzes gibt“.⁸⁷⁰ *Strätz* und *Löhnig* lehnen eine „umfassende Kodifizierung“ der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aus verfassungsrechtlichen Gründen ab.⁸⁷¹ Eine rechtliche Gleichstellung von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft sei ihrer Ansicht nach mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar.

Grziwotz bezweifelt das Gelingen einer gesetzlichen Regelung auf Grund der hohen Typenvielfalt der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁸⁷² Er stimmt jedoch zu, dass bei Fehlen einer Vertragsregelung die „völlige gegenseitige Rechtslosigkeit [...] dem sozial Schwächeren (schadet)“.

Zwißler erkennt zutreffend, dass „der Gesetzgeber auf das gesellschaftliche Phänomen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (nach wie vor) nicht ausreichend reagiert (hat)“.⁸⁷³ Er lehnt jedoch eine Institutionalisierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ab. Seiner Ansicht nach „widerspräche (dies) nicht nur dem verfassungsrechtlich verbürgten Schutz von Ehe und Familie, sondern würde auch wenig Sinn machen, da regelmäßig von nichtehelichen Lebenspartnern gerade der möglichst rechtsfreie Raum gesucht wird“.⁸⁷⁴ In einzelnen Bereichen sei jedoch ein gesetzgeberisches Einschreiten notwendig.

⁸⁷⁰ *Steinert*, NJW 1986, 683, 686.

⁸⁷¹ *Strätz*, in: Staudinger (2000), Anh. zu §§ 1297 ff., Rn. 19; *Löhnig*, in: Staudinger (2007), Anh. zu §§ 1297 ff., Rn. 19.

⁸⁷² *Grziwotz*, S. 50.

⁸⁷³ *Zwißler*, FPR 2001, 15, 17.

⁸⁷⁴ *Zwißler*, a.a.O.

16. Politische Stellungnahmen

Die derzeitige Bundesjustizministerin *Zypries* hat sich in einer Rede⁸⁷⁵ vom 17.02.2006 positiv zu den alternativen Zusammenlebensformen geäußert.

Demnach bestünden „nichteheliche Lebensgemeinschaften, so genannte Patchwork-Familien oder gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften [...] heute in großer Zahl“. In diesen „vielfältigen Beziehungsmodellen (würden) Menschen füreinander Verantwortung (übernehmen) und [...] Kinder erziehen“. „Eine moderne Rechtspolitik (müsse) alle diese Familienmodelle berücksichtigen und sinnvolle Regeln schaffen“.

In ihrem Vortrag beim 15. Deutschen Familiengerichtstag äußerte sich *Zypries* detaillierter zu einer möglichen Gesetzesregelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften.⁸⁷⁶ Sie stellte dabei vorab die Frage, ob „das Recht der Lebenswirklichkeit (bei dieser Thematik) hinterher (hinkt), wie es manchmal behauptet wird“. Dabei begrüßt sie den Ansatz, „den schwächeren Partner in solchen Gemeinschaften zu schützen“. Der Gesetzgeber habe jedoch durch die Kindschaftsreform für die „schutzlosesten Beteiligten“ bereits viel getan.

Hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung zum Schutz des Lebenspartners in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lehnt *Zypries* eine Registrierung ab. Ihrer Ansicht nach werde „ein böswilliger Partner [...] den Schutz des Schwächeren durch Verzicht auf Registrierung verhindern“.

Die Frage, wie man der Zusammenlebensform am ehesten begegnen sollte, beantwortet sie damit, dass sie den nichtehelichen Lebenspartnern keine besonderen Bindung durch den Staat aufzwingen möchte, da die Partnern dies bewusst nicht wollten.

Im Entwurf des neuen Grundsatzprogramms der Christlich Demokratischen Union von Anfang Juli 2007 sieht die Partei nach wie vor die Ehe als „Leitbild der

⁸⁷⁵ „Familie im Wandel – eine Herausforderung für die Rechtspolitik“, Rede vom 17.02.2006 (<http://www.bmj.bund.de>).

⁸⁷⁶ Vortrag vom 17.09.2003 beim 15. Deutscher Familiengerichtstag in Brühl (<http://www.bmj.bund.de>).

Gemeinschaft von Mann und Frau“ an.⁸⁷⁷ Sie sei die „beste und verlässlichste Grundlage für das Gelingen von Familie“. Jedoch wird auch die Entscheidung „respektiert [...], in anderen Formen der Partnerschaft (den) Lebensentwurf zu verwirklichen“.⁸⁷⁸ Die CDU erkennt an, „dass auch in solchen Beziehungen Werte gelebt werden, die grundlegend für unsere Gesellschaft sind“. Dies gelte „nicht nur für nicht-eheliche Partnerschaften zwischen Frauen und Männern, (sondern) auch für gleichgeschlechtliche Partnerschaften“.⁸⁷⁹ Die Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der Ehe wird jedoch ebenso abgelehnt, wie ein Adoptionsrecht für homosexuelle Partnerschaften.

Auch für die Christlich-Soziale Union „haben Ehe und Familie besonderen Rang, der auch in einem besonderen rechtlichen Status zum Ausdruck kommt“.⁸⁸⁰ Sie akzeptiert andere Partnerschaften, lehnt jedoch eine rechtliche Gleichstellung mit der Ehe ab.

Die Sozialdemokratische Partei Deutschlands unterstützt im „Bremer Entwurf“ für ein neues Grundsatzprogramm auch „andere gemeinsame Lebenswege“ als die Ehe.⁸⁸¹

Ebenso erkennt die Partei Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Grundsatzprogramm aus dem Jahre 2002, dass die Vielfalt unterschiedlicher Lebensformen zunehme. Ihrer Ansicht nach werde „die klassische Kleinfamilie [...] seltener und die Scheidungsraten (stiegen an)“.⁸⁸² Demgegenüber seien „neue Lebensgemeinschaften“ entstanden, die die Partei unterstützt und deren soziale Integrationsleistung würdigt.⁸⁸³

⁸⁷⁷ CDU, Entwurf des neuen Grundsatzprogramms, S. 20.

⁸⁷⁸ CDU, Entwurf des neuen Grundsatzprogramms, S. 22

⁸⁷⁹ CDU, a.a.O.

⁸⁸⁰ CSU, Grundsatzprogramm, S. 77.

⁸⁸¹ SPD, „Bremer Entwurf“ zum neuen Grundsatzprogramm, S. 35.

⁸⁸² Bündnis 90/Die Grünen, Grundsatzprogramm, S. 78.

⁸⁸³ Bündnis 90/Die Grünen, a.a.O.

Nach Ansicht der Freien Demokratischen Partei sind „Ehe und Familie [...] tragende Verantwortungsgemeinschaften in der Bürgergesellschaft, die zu Recht unter dem besonderen Schutz des Grundgesetzes stehen“.⁸⁸⁴ Neben die Ehe seien jedoch auch „andere Formen des Zusammenlebens“ getreten. Die FDP sieht dabei „alle Lebensgemeinschaften (als) wertvoll (an), in denen Menschen Verantwortung füreinander übernehmen“. Diese Lebensgemeinschaften dürften demnach nicht diskriminiert werden, wobei rechtliche Benachteiligungen abgeschafft werden müssten.⁸⁸⁵

IV. Rechtsvergleichung

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurden die europäischen Staaten mehr und mehr durch Gesetzesänderungen auf dem Gebiet der nichtehelichen Lebensgemeinschaften tätig. So wurden vor allem in Frankreich, den Beneluxländern und den skandinavischen Ländern derartige Vorschriften erlassen.⁸⁸⁶ Inhalte dieser Regelungen waren fast ausschließlich einzelne Teilbereiche des nichtehelichen Zusammenlebens.⁸⁸⁷ Im Folgenden werden die Regelungen in Frankreich, den Niederlanden, Schweden und Australien ausführlicher dargestellt. Im Anschluss wird noch kurz auf die Situation in anderen Ländern eingegangen.

⁸⁸⁴ FDP, Wahlprogramm, S. 32.

⁸⁸⁵ FDP, a.a.O.

⁸⁸⁶ Vgl. auch *Röthel*, ZfRV 1999, 208.

⁸⁸⁷ *Dethloff*, ZEuP 2004, 59, 60.

1. Frankreich

Am 15.11.1999 trat das französische Gesetz über den so genannten „Pacte civil de solidarité (PACS)“ in Kraft.⁸⁸⁸ Hierbei wird es zwei nichtehelich zusammenlebenden Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts ermöglicht, durch den Abschluss eines speziellen Vertrages („pacte“), ihre Lebensgemeinschaft Rechtsregelungen zu unterwerfen. Der „PACS“ stellt demnach eine Art „Lebenspartnerschaftsvertrag“ dar.⁸⁸⁹ Es bedarf einer gemeinsamen schriftlichen Erklärung gegenüber dem französischen Amtsgericht, in dessen Bezirk die Partner ihren gemeinsamen Aufenthalt begründen.⁸⁹⁰ Insofern setzt das „PACS“ ein tatsächliches Zusammenleben der beiden Partner voraus. Neben dem „Lebenspartnerschaftsvertrag“ ist keine weitere eingetragene Partnerschaft oder Eheschließung möglich.⁸⁹¹ Laut einer Statistik vom 30.06.2003 waren zu der damaligen Zeit 88.944 „PACS“ abgeschlossen.⁸⁹²

Die zentrale inhaltliche Vorschrift ist Art. 515-4 Code Civil, nachdem die durch den Lebenspartnerschaftsvertrag gebundenen Partner sich gegenseitige, finanzielle Unterstützung gewähren. Sofern keine abweichende Regelung getroffen wird, besteht hinsichtlich der Hausratsgegenstände, die nach Abschluss des „PACS“ angeschafft werden, die Vermutung, dass gemeinschaftliches Eigentum zu gleichen Teilen besteht.⁸⁹³ Der Solidaritätspakt endet, wenn ein Partner heiratet oder verstirbt. Ferner kann er dadurch aufgehoben werden, dass die Partner eine gemeinsame schriftliche Erklärung beim Amtsgericht abgeben oder indem ein Partner dem anderen gegenüber eine entsprechende schriftliche Erklä-

⁸⁸⁸ Loi n. 99-944 du 15 nov. 1999 sur le pacte civil de solidarité; eine deutsche Übersetzung findet sich in: FamRZ 2000, 531.

⁸⁸⁹ Vgl. Art. 515-1 Code Civil.

⁸⁹⁰ Vgl. Art. 515-3 Code Civil.

⁸⁹¹ Vgl. Art. 515-2 Code Civil.

⁸⁹² Ferrand, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 220.

⁸⁹³ Vgl. Art. 515-5 Code Civil.

rung abgibt und dem Gericht eine Kopie zukommen lässt.⁸⁹⁴ Im Falle der einseitigen Erklärung endet der „pacte“ erst mit Ablauf einer dreimonatigen Frist ab Zustellung der Erklärung an den Partner, wobei auch das zuständige Gericht tatsächliche Kenntnis erlangt haben muss. Die Abwicklung der Gemeinschaft erfolgt nur dann durch richterliche Entscheidung, wenn die früheren Partner sich nicht einigen können.

Das Gesetz enthält ebenso eine Definition über die nichtregistrierte Partnerschaft, die so genannte „Concubinage“. Demnach ist „das Konkubinat [...] ein faktischer Bund, der sich durch ein gemeinsames Zusammenleben kennzeichnet, welches durch die Stabilität und Kontinuität in den Beziehungen zwischen zwei als Paar lebenden Personen unterschiedlichen oder gleichen Geschlechts geprägt ist“.⁸⁹⁵

Im Ergebnis gibt es in Frankreich heute drei familienrechtliche Institute: Die Ehe, die nur zwischen heterosexuellen Partnern geschlossen werden kann, den „Pacte civil de solidarité“, der zwischen heterosexuellen oder homosexuellen Partnern möglich ist und das faktische nichteheliche Zusammenleben („Concubinage“).

2. Niederlande

Auch die Niederlande haben am 01.01.1998 ein Rechtsinstitut für verschieden- und gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften geschaffen, die so genannte „Registrierte Partnerschaft“, die ebenfalls an den Publizitätsakt der Eintragung anknüpft.⁸⁹⁶ Hierbei erfolgt eine Registrierung beim zuständigen Standesbeam-

⁸⁹⁴ Vgl. Art. 515-7 Code Civil.

⁸⁹⁵ Vgl. Art. 515-8 Code Civil.

⁸⁹⁶ Niederländischer Gesetzestext und deutsche Übersetzung bei *Boele-Woelki/Schrama*, in: *Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel*, S. 108 ff.

ten, der darüber eine öffentliche Urkunde ausfertigt.⁸⁹⁷

Nach der niederländischen Regelung dürfen diejenigen Partner, die eine Registrierung vornehmen lassen, weder bereits registriert noch anderweitig verheiratet sein. Auch im Ausland lebende Niederländer können eine Registrierung ihrer Partnerschaft beim Standesamt in Den Haag beantragen. Eine Registrierung zwischen einem Niederländer und einem Ausländer ist dann möglich, wenn dieser einem Mitgliedsstaat der EU angehört. Selbst wenn beide Partner EU-Ausländer sind, können Sie sich in den Niederlanden registrieren lassen. Als Rechtsfolge sieht das Gesetz vor, dass eherechtliche Vorschriften entsprechend anwendbar sind, so dass im Wesentlichen die gleichen Rechte und Pflichten wie bei Ehegatten gelten.⁸⁹⁸ Im Übrigen haben die Partner das Recht, den Familiennamen des Anderen zu gebrauchen.

Die Auflösung der registrierten Partnerschaft erfolgt bei gegenseitigem Einvernehmen durch Einreichung einer von beiden Parteien und einem oder mehreren Anwälten und Notaren unterschriebenen schriftlichen Erklärung beim Standesbeamten. Dabei muss aus der Erklärung hervorgehen, dass und zu welchem Zeitpunkt die Partner einen außergerichtlichen Vertrag über die Beendigung der Partnerschaft geschlossen haben. In dem außergerichtlichen Vergleichsvertrag sollen nach Vorstellung des Gesetzes folgende Materien geregelt werden: Regelungen über Unterhaltszahlungen, Regelungen über die Weiterbenutzung der gemeinschaftlichen Wohnung oder des gemeinschaftlichen Hauses und des Hausrats, Regelungen über die Verteilung der Vermögensgegenstände und den Versorgungsausgleich. Liegt dagegen kein beiderseitiges Einvernehmen bei Auflösung der Partnerschaft vor, so kommen im Wesentlichen zwei Lösungsmodelle in Betracht:

Die Abwicklung nach den Grundsätzen über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft (*maatschap*), dem der Hohe Rat der Niederlande (*Hoge Raad der Ne-*

⁸⁹⁷ De Groot/Haase, StAZ 1998, 165, 168; vgl. auch Schwidich, S. 19 f.

⁸⁹⁸ De Groot/Haase, a.a.O.

derlanden) in seiner Entscheidung vom 08.07.1985 jedoch eine Absage erteilt hat.⁸⁹⁹ Alternativ kann vor allem im Güterrecht auf die eherechtlichen Vorschriften zurückgegriffen werden.⁹⁰⁰ Auf höchstrichterlicher Ebene hat sich diese Analogie als generelle Abwicklungslösung jedoch nicht etablieren können.⁹⁰¹

Im Ergebnis handelt es sich bei dem niederländischen Modell um das weitestgehende Institut, da die Unterschiede zur Ehe nur noch sehr gering sind.

3. Schweden

In Schweden wurde bereits im Jahre 1987 ein Gesetz über nichteheliche Lebensgemeinschaften, das so genannte „Lag om sambors gemensamma hem“ (Gesetz über das gemeinsame Heim der in nichtehelicher Lebensgemeinschaft Zusammenlebenden) eingeführt.⁹⁰² Das Gesetz knüpft unabhängig vom Willen der Partner gewisse Rechtsfolgen an das unverheiratete Zusammenleben. Insofern ist im Gegensatz zur französischen und niederländischen Regelung ein Publizitätsakt nicht erforderlich.

Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft liegt nach dem Willen des Gesetzgebers dann vor, wenn eine „mindestens sechs Monate dauernde Verbindung, durch gemeinsames Sexualleben, gemeinsame Haushalts- und Wirtschaftsführung sowie gemeinsamen Hausrat geprägt ist“.⁹⁰³ Dabei wird „das Vorhandensein gemeinsamer Kinder oder eine gemeinsame melderechtliche Anschrift“ als Indiz für das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft angesehen.

Inhaltlich regelt das Gesetz eine Aufteilung nach Beendigung der nichtehelichen Partnerschaft hinsichtlich der gemeinsamen Wohnung und des Hausrates. Da-

⁸⁹⁹ Hoge Raad (08.07.1985) NJ 1986, Nr. 258.

⁹⁰⁰ Vgl. *Schwidich*, S. 47 f.

⁹⁰¹ *Schwidich*, S. 56.

⁹⁰² Lag (1987:332) om sambors gemensamma hem, prop. 1986/87:1, LU 1986/87:16, SFS 232.

⁹⁰³ Vgl. *Spindler*, FamRZ 1988, 913, 914.

bei geht das Gesetz von einer so genannten „Bedürfniszuweisung“ aus. Demnach steht demjenigen Partner die Übernahme in Form der richterlichen Zuweisung zu, der die Wohnung am dringendsten benötigt. Hierbei spielen vor allem Gesichtspunkte der Billigkeit eine entscheidende Rolle.⁹⁰⁴ Im Bereich des Güterrechts geht das Gesetz grundsätzlich von der Gütertrennung aus, so dass der Vermögensaufteilung nur Gegenstände unterliegen, die während des Zusammenlebens zur gemeinsamen Nutzung angeschafft worden sind.⁹⁰⁵ Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der relevanten Gegenstände erfolgt in einem Verfahren, das dem deutschen Zugewinnausgleich ähnlich ist. Ferner sieht das Gesetz eine Verfügungsbeschränkung der nichtehelichen Partner vor, wie sie im deutschen Zivilrecht in § 1365 BGB kodifiziert ist. Demnach darf ein Lebensgefährte die Wohnung oder Gegenstände des Hausrats, die der Güterteilung unterliegen, ohne Einwilligung des anderen weder veräußern, noch belasten oder vermieten.

Das schwedische Recht zeichnet sich somit vor allem durch sachenrechtliche Ausgleichsansprüche aus, die auch ohne das Erfordernis einer Partnerschaftsregistrierung eingreifen.

4. Australien

Im australischen Recht gibt es bereits seit 1984 eine gesetzliche Regelung. Der „De Facto Relationships Act“⁹⁰⁶ räumt dem Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Unterhaltsanspruch für den Fall ein, dass dieser auf Grund des nichtehelichen Zusammenlebens seine Erwerbstätigkeit eingeschränkt hat.⁹⁰⁷ Hierdurch soll die Wiedereingliederung in das Berufsleben ermöglicht und gefördert werden, wobei der Zahlungsanspruch auf maximal drei Jahre be-

⁹⁰⁴ Spindler, a.a.O.

⁹⁰⁵ Vgl. Agell, FamRZ 1990, 817, 820.

⁹⁰⁶ De Facto Relationship Act 147 of 1984.

⁹⁰⁷ Vgl. Sec. 27 (1b) DFRA (1984).

grenzt ist.⁹⁰⁸

Das „de facto relationship“ liegt nach dem gesetzgeberischen Wortlaut vor, wenn zwei erwachsene Personen zusammen als Paar leben und weder verwandt noch miteinander verheiratet sind.⁹⁰⁹ Als Indizien zur Bestimmung einer solchen „de facto relationship“ zählen folgende Kriterien: Dauer der Beziehung, Art und Weise des gemeinsamen Zusammenlebens, die sexuellen Beziehungen, der Grad der finanziellen Abhängigkeit oder Unabhängigkeit untereinander, Abmachungen über finanzielle Unterstützung, Vermögensverhältnisse an Gegenständen, die Übernahme beiderseitiger Verantwortung, die Pflege und Unterstützung von Kindern, die Verrichtung von häuslichen Pflichten sowie das Auftreten des Paares nach außen.⁹¹⁰

Das Gesetz sieht die Tätigkeit als Hausfrau und die Kindesbetreuung als ausgleichsfähige Leistungen für den Bereich der vermögensrechtlichen Abwicklung vor.⁹¹¹ Allerdings legt das Gesetz keine konkrete Vorgabe für die Aufteilung der Vermögenswerte fest, sondern räumt dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein, um zu billigen und gerechten Ergebnissen im Einzelfall gelangen zu können.⁹¹²

Keiner der Partner ist dem anderen grundsätzlich zur Zahlung einer Unterhaltsrente verpflichtet.⁹¹³ Lediglich in zwei Ausnahmefällen kann das Gericht einen Unterhaltsanspruch zusprechen. Hierunter fällt neben dem eingangs bereits genannten Fall der Aufgabe der Erwerbstätigkeit auch die Betreuung eines gemeinsamen Kindes.⁹¹⁴ Zur Festlegung der Höhe des Unterhalts soll das Gericht folgende Kriterien berücksichtigen: das Einkommen und Vermögen beider Partner, die physische und mentale Fähigkeit der Partner einer Erwerbstätigkeit

⁹⁰⁸ *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 57, 61.

⁹⁰⁹ Vgl. Sec. 4 (1) DFRA (1984).

⁹¹⁰ Vgl. Sec. 4 (2) DFRA (1984).

⁹¹¹ Vgl. Sec. 20 DFRA (1984).

⁹¹² *Trimbach/El Alami*, NJ 1996, 57, 61.

⁹¹³ Vgl. Sec. 26 DRFA (1984).

⁹¹⁴ Vgl. Sec. 27 (1a) DFRA (1984).

nachzugehen, den finanziellen Bedarf und eventuelle Verbindlichkeiten der Partner, den Verantwortungs- und Fürsorgegrad der Partner untereinander sowie bestehende Zahlungsverpflichtungen im Rahmen einer vorherigen nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft oder Ehe.⁹¹⁵ Das Gericht kann darüber hinaus auch eine einstweilige Unterhaltszahlung festlegen, die es für angemessen und vernünftig hält.⁹¹⁶

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das australische Recht eine umfassende Regelung der vermögens- und unterhaltsrechtlich relevanten Fragen bereitstellt.

5. Andere Länder

In Dänemark, Norwegen, Finnland und der Schweiz werden bislang nur gleichgeschlechtlichen Partnerschaften eheähnliche Rechtswirkungen eingeräumt.⁹¹⁷ Das belgische, luxemburgische und spanische Recht sieht dagegen auch eine Registrierungsmöglichkeit für heterosexuelle Partnerschaften vor. Hierbei sind zum Teil sehr unterschiedliche Rechtswirkungen normiert. In fast allen der genannten Länder werden Unterhaltsansprüche sowie die gemeinsame Haftung für eingegangene Verbindlichkeiten für den gemeinsamen Haushalt begründet.⁹¹⁸ Zur Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft genügt in den meisten Ländern die einseitige Erklärung eines Partners. Hierin besteht auch ein wesentlicher und wichtiger Unterschied zu den eingetragenen Lebenspartnerschaften im deutschen Recht. Sie können bei nur einseitigem Aufhebungsantrag erst nach Ablauf der Dreijahresfrist gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LPartG aufgelöst werden.

Im Bereich des Kindschaftsrechts bestehen die wohl größten Unterschiede unter den einzelnen Ländern. Während in den Niederlanden eine Gleichstellung

⁹¹⁵ Vgl. Sec 27 (2a-e) DFRA (1984).

⁹¹⁶ Vgl. Sec. 28 DFRA (1984).

⁹¹⁷ Dethloff, ZEuP 2004, 59, 61; Röthel, IPRax 2000, 74.

⁹¹⁸ Vgl. dazu im Einzelnen die Nachweise bei Dethloff, ZEuP 2004, 59, 62.

nichtehelicher Eltern mit Ehegatten erfolgt, werden in Frankreich und Belgien jegliche kindschaftsrechtlichen Wirkungen versagt.

In Dänemark und Norwegen gibt es bislang noch keine gesetzliche Regelung wie etwa in Schweden. Lediglich einige Randbereiche wie die Hausratsaufteilung für so genannte „Haushaltsgemeinschaften“ werden erfasst.⁹¹⁹

Das belgische Rechtsinstitut des „gesetzlichen Zusammenlebens“ muss ebenfalls durch einen notariellen Partnerschaftsvertrag begründet werden.⁹²⁰ Bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens räumt das Gesetz keine Unterhaltsrechte ein. Für die Dauer des Zusammenlebens besteht jedoch eine Unterhaltungspflicht des wirtschaftlich stärkeren Partners.

Auch ein gesetzliches Erbrecht des nichtehelichen Partners ist nicht vorgesehen. Die belgische Regelung ist daher im Wesentlichen mit der Rechtslage in Frankreich und den Niederlanden vergleichbar.

Die „unión estable“ im spanischen Autonomiegebiet Katalonien begründen unabhängig von einem Eintragungsakt Rechtsfolgen, wenn das Paar zwei Jahre zusammengelebt hat. Im spanischen Navarra räumt eine gesetzliche Regelung vom 03.07.2000⁹²¹ einen Unterhaltsanspruch sowohl verschieden- wie auch gleichgeschlechtlichen Paaren ein, die hierfür lediglich zwei Jahre eheähnlich zusammengewohnt haben müssen.

Gemäß Art. 2020 des portugiesischen Código civil kann ein Partner bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch den Tod des anderen einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass des Verstorbenen geltend machen.⁹²²

Nach kroatischem Recht finden die Vorschriften über das eheliche Güterrecht

⁹¹⁹ Vgl. für Norwegen das geschlechtsneutrale „Lov om rett til felles bolig og innbo nå hustrands-felleskap opphører“, Nr. 45 aus dem Jahre 1991.

⁹²⁰ *Pintens*, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 289.

⁹²¹ Art. 5 Nr. 4 Ley foral 6/2000 para la igualdad jurídica de parejas estables.

⁹²² *Henrich*, S. 18; eine vergleichbare Regelung findet sich auch im englischen Inheritance Act (Provision for Family and Dependents – 1975) unter Section 1 (1e).

nach dreijährigem Zusammenleben automatisch Anwendung auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.⁹²³ Ähnliches gilt auch im slowenischen Recht, so dass in den beiden osteuropäischen Ländern der wohl weitestgehende Ansatz für eine Anknüpfung an das bloße faktische Zusammenleben besteht.

V. Model Family Code

Modelregelungen für das Familienrecht hat *Schwenzer* in Zusammenarbeit mit *Dimsey* entwickelt. In ihrem Model Family Code stellt sie in rechtsvergleichender Sichtweise Grundsätze des partnerschaftlichen und familiären Zusammenlebens auf.

Demnach ist eine Partnerschaft eine Ehe oder eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, wenn sie mehr als drei Jahre gedauert hat, ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder ein oder beide Partner erhebliche Beiträge für die Gemeinschaft oder im alleinigen Interesse des anderen Partners erbracht haben.⁹²⁴ Ein Kind der Familie ist nach Art. 1.2 MFC ein gemeinsames Kind der Partner sowie ein Kind, für dessen langfristiges Wohlergehen beide Partner Verantwortung übernehmen.

Anders als im deutschen Recht sollen nichteheliche Lebensgefährten, die das Merkmal der Partnerschaft nach Art. 1.1 MFC erfüllen, zum gegenseitigen Unterhalt beitragen.⁹²⁵ Abgesichert wird dies durch Art. 1.16 MFC, wonach bei Vernachlässigung der Unterhaltspflicht der schwächere Partner eine vorläufige Maßnahme zur Zahlung von Unterhaltsleistungen gerichtlich durchsetzen kann.

Bei Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft steht nach Art. 1.19

⁹²³ Vgl. Art. 262 Narodne novine (=Familiengesetz) Nr. 162/98, Pos 1993 vom 22.12.1998.

⁹²⁴ Vgl. Art. 1.1 MFC.

⁹²⁵ Vgl. Art. 1.15 MFC.

MFC das Kindeswohl an oberster Stelle. Besondere Betonung findet der Grundsatz der Selbstständigkeit in Art. 1.20 MFC, wonach die Partner so gestellt werden, dass sie so schnell wie möglich unabhängig werden.⁹²⁶

Ein finanzieller Vorteils- und Nachteilsausgleich erfolgt nach den Art. 1.21 ff. MFC. Dabei stellen Vorteile das von jedem Partner während der Partnerschaft erworbene Vermögen sowie während der Partnerschaft erworbene Vorsorgenanwartschaften dar.⁹²⁷ Nachteile liegen gemäß Art. 1.24 MFC vor, wenn ein Partner nicht in der Lage ist, den während der Partnerschaft genossenen Lebensstandard nach deren Auflösung aufgrund eigener Mittel aufrecht zu erhalten. Zur Bestimmung des Merkmals der partnerschaftsbedingten Vor- und Nachteile dient die Vermutungsregelung in Art. 1.26 MFC. Danach wird ein partnerschaftsbedingter Vor- oder Nachteil vermutet, wenn ein Partner ganz oder teilweise nicht erwerbstätig war, um für ein Kinder in der Familie zu sorgen, für den Haushalt zu sorgen, für den anderen Partner zu sorgen, in Erfüllung einer moralischen Verpflichtung des Partners oder beider Partner für eine dritte Personen zu sorgen oder zu Gewerbe oder Beruf des anderen Partners beizutragen. In der anschließenden Vermögensteilung werden die partnerschaftsbedingten Vor- und Nachteile gleichmäßig auf beide Partner verteilt.⁹²⁸

Liegen keine partnerschaftsbedingten Vor- oder Nachteile vor, soll ein Vermögensausgleich auch dann ausnahmsweise gewährt werden, wenn außergewöhnliche Beiträge im Interesse des anderen Partners geleistet worden sind oder es sich um eine besonders lange Partnerschaft handelt.⁹²⁹

Bei häuslicher Gewalt kann der betroffene Lebensgefährte Schutzmaßnahmen gerichtlich durchsetzen.⁹³⁰

⁹²⁶ Dieser „Grundsatz der Eigenverantwortung“ findet sich nunmehr auch in § 1569 S. 1 BGB.

⁹²⁷ Vgl. Art. 1.22 MFC.

⁹²⁸ Vgl. Art. 1.27 MFC; Art. 1.28 MFC regelt überdies Ausnahmetatbestände, wann vom Prinzip der gleichen Teilung abgewichen werden kann (z.B. Wohl eines Kindes, künftige Sorge für Personen im Interesse des anderen Partners, Dauer der Partnerschaft, Umfang von finanziellen Beiträgen, häusliche Gewalt).

⁹²⁹ Vgl. Art. 1.29 MFC und Art. 1.31 MFC.

⁹³⁰ Vgl. Art. 2.1 MFC und Art. 2.2 MFC zu den vorgeschlagenen Einzelmaßnahmen.

Nach Artikel 3.27 MFC soll jedem rechtlichen Elternteil die elterliche Verantwortung für das gemeinsame Kind zustehen, unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht.⁹³¹ Die Ausübung der elterlichen Sorge obliegt den Eltern dabei gemeinsam.⁹³²

Der Model Family Code bildet meines Erachtens einen sehr guten Rahmen zur Vereinheitlichung des Familien- und Partnerschaftsrechtes. Wie *Schwenzer* in den einleitenden Worten vorab anmerkt, sind zwar einige wichtige Rechtsgebiete noch nicht in den Modellvorschlag eingearbeitet. Gleichwohl beinhaltet das Modell eine geeignete Zusammenfassung unterschiedlicher Rechtsordnungen und ist auf einen angemessenen Ausgleich nach Beendigung einer Partnerschaft ebenso bedacht wie auf ausgewogene Regelungen während des Zusammenlebens.⁹³³

VI. Lösungsvorschlag

Abschließend soll ein Lösungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unterbreitet werden.

1. Einführung

Die Lösung über eine gesetzliche Regelung in Deutschland muss auch die europäische Rechtsentwicklung berücksichtigen. Das Familienrecht in Europa ist „von einer Vielfalt nationaler Rechte geprägt“.⁹³⁴ Eine „umfassende Vereinheitlichung“ sowohl des Verfahrensrechts als auch des materiellen Familienrechts ist daher geboten, „um dem Verlust von Rechtspositionen in grenzüberschreiten-

⁹³¹ *Schwenzer*, Model Family Code, S. 141.

⁹³² Vgl. Art. 3.35 MFC und Art. 3.37 MFC.

⁹³³ Vgl. auch den Überblick von *Schwenzer* in *RabelsZ* 2007, 705 ff.

⁹³⁴ *Dethloff*, *AcP* 2004, 544, 545.

den familiären Beziehung entgegenzuwirken“.⁹³⁵ Dabei ist der Aspekt der Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union besonders hervorzuheben. Unbefriedigend wäre es, wenn ein in Deutschland getrautes Ehepaar in verschiedenen europäischen Nachbarländern andere Rechtsfolgen antreffen würde.⁹³⁶ Das Statut einer europäischen Ehe stellt demnach das zukunftsweisende Modell dar.⁹³⁷

Nichts anderes kann für die Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten. In einigen europäischen Ländern bestehen zwar durchaus Ähnlichkeiten. Begibt man sich jedoch über die europäischen Nachbarländer hinweg, zeigen sich erhebliche Unterschiede vor allem im Bereich des Statusrechtes.

Für die Bundesrepublik Deutschland erfolgte die rechtliche Anerkennung von Paarbeziehungen außerhalb der Ehe mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz⁹³⁸. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner hierzu ergangenen Entscheidung⁹³⁹ das Abstandsgebot zur Ehe reduziert. Hierbei wurde die traditionelle Ansicht aufgegeben, die Ehe sei die einzig zulässige und rechtlich anerkannte Zusammenlebensform. Die schon seit Jahren bestehende gesellschaftliche Akzeptanz homosexueller Lebensgemeinschaften hat letztenendes zu der Verrechtlichung geführt. Diese rechtspolitischen Entwicklungen gilt es auch für eine Kodifizierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu nutzen.

Mithin würde eine umfassende Gesetzesregelung das vielfach bestehende Problem der Rechtsunsicherheit lösen. Es wird sich jedoch nicht anbieten, der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen der Ehe ähnlichen Status anzuerkennen, da hierfür kein Bedürfnis besteht. Die nichtehelichen Lebensgefährten können jedoch erwarten, dass ihre Beziehung auf allen Ebenen der Gesellschaft anerkannt wird, wozu freilich auch Recht und Gesetz gehören. Demnach sind

⁹³⁵ Dethloff, AcP 2004, 544, 561 ff.

⁹³⁶ Dethloff, AcP 2004, 544, 565 f.

⁹³⁷ Dethloff, AcP 2004, 544, 567.

⁹³⁸ BGBl. 2001, 266.

⁹³⁹ BVerfGE 105, 313 = NJW 2002, 2543.

komplexe Mehrstufenmodelle als juristischer Anhaltspunkt ungeeignet, so dass eine einfache, deutliche aber in einzelnen Aspekten auch detaillierte Regelung erforderlich ist.

Insofern ist der Vorschlag von *Weimar* auch abzulehnen. Die Errichtung einer zweiten Eheform mit den von ihm vorgeschlagenen Inhalten ist vom Ergebnis her argumentiert. Diese „neue Eheform“ ist ein gesetzlich vorgeschriebener Partnerschaftsvertrag, der eine möglichst wirtschaftliche und finanzielle Selbstständigkeit trotz Ehe ermöglichen soll. Es bestünde die Gefahr, dass die ehelichen Solidaritäts- und Schutzvorschriften umgangen würden. Das rechtliche Konstrukt der „Zweiklassen-Ehe“ überzeugt daher nicht.

2. Zum Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Die gesetzliche Regelung sollte den Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft so klar und eindeutig wie möglich festlegen.

a) Definition

In Anlehnung an die Definition des Bundesverfassungsgerichts⁹⁴⁰ schlage ich folgende Formulierung vor:

„Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ist eine faktische Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft zwischen zwei nicht miteinander verwandten Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Verwirklichung eines gemeinsamen Zusammenlebens dient.“

⁹⁴⁰ BVerfGE 87, 234 ff. = NJW 1993, 643, 645; vgl. auch BGH NJW 1993, 999; BSG NJW 1993, 3346; BVerwG NJW 1995, 2802.

b) Anforderungen und Kriterien des Zusammenlebens

Zur Bestimmung dieser Lebensgemeinschaft soll auf folgende Kriterien abgestellt werden:

Intensität und Dauer der Beziehung, die Art des gemeinsamen Zusammenlebens, die Verwirklichung sexueller Beziehungen, der Grad der persönlichen und finanziellen Abhängigkeit, die Pflege und Betreuung eines nicht notwendigerweise gemeinsamen Kindes, die Teilung der regelmäßig anfallenden Haushaltsaufgaben sowie die Haltung der beiden Partner zu ihrer Beziehung.

c) Dauer

Um der Rechtsprechung einen Ermessensspielraum im Einzelfall einzuräumen, sollte die Formulierung eines konkreten Zeitraums bezüglich der Dauer der Partnerschaft unterbleiben.⁹⁴¹

Die Dauer der Beziehung hat jedoch für das Unterhaltsrechts eine ganz erhebliche Bedeutung. Im Falle einer vor der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestandenen ehelichen oder nichtehelichen Beziehung kann es zu Kollisionen kommen.

Ist ein Partner seinem früheren Ehegatten gegenüber noch unterhaltspflichtig und geht nunmehr eine neue Lebensgemeinschaft ein, könnte dies den Wegfall der Unterhaltspflicht gemäß § 1579 Nr. 2 BGB zur Folge haben.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte daher in einem ersten Schritt der Unterhaltsanspruch des vorherigen ehelichen oder nichtehelichen Lebenspartners auf eine Dauer von maximal fünf Jahren begrenzt werden. Dies er-

⁹⁴¹ Für eine mindestens dreijährige Partnerschaft spricht sich *Schwenzer* aus (vgl. Art. 1.1 MFC).

scheint mir im Hinblick auf die in Kraft getretene Unterhaltsreform mit ihrem zentralen Grundsatz der Eigenverantwortung als angemessen. Dabei sollte in diesem Zeitraum der einjährige Trennungsunterhalt bei Ehegatten bereits enthalten sein, um vergleichbare Sachverhalte zu schaffen. Lässt man nun den Unterhaltsanspruch in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erst bei einer mindestens fünfjährigen Beziehungsdauer zu, wäre damit das bestehende Überschneidungsproblem gelöst.

Dies soll jedoch ausdrücklich nur für den Unterhalt des jeweiligen Lebenspartners wegen Erwerbslosigkeit oder erbrachter Pflegeleistung gelten, nicht aber für den Unterhalt wegen Kindesbetreuung nach § 1615I BGB. Dieser wird bereits mit Geburt des Kindes begründet und besteht im Regelfall für drei Jahre.

d) Persönliche Beziehungen

Der Innenbereich der nichtehelichen Lebensgefährten sollte von rechtlichen Regelungen weitestgehend freibleiben. Ein Regelungsbedarf besteht anerkanntermaßen nur dort, wo es sich um finanzielle, existenzielle und kindesbezogene Belange handelt. Das Bestehen einer Ehe schließt dabei die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht aus. Ansonsten würden sich diese Beziehungen in einem rechtsfreien Raum bewegen.

3. Der Publizitätsakt

Von zentraler Bedeutung ist auch die Frage, ob ein Publizitätsakt erforderlich sein soll. Das französische Modell der Registrierung der Partnerschaft überzeugt meines Erachtens nicht. Im Ergebnis liefert dies – bei übereinstimmender Erklärungsabgabe – lediglich eine Art gesetzliche Vorgabe für vertragliche Regelungen innerhalb der Beziehung. Der entscheidende Nachteil dabei ist jedoch, dass die nichtehelichen Partner ihre Zustimmung zu der angebotenen

Regelung erklären müssen. Fehlt es an dieser Erklärung, entstehen zwischen den Partnern gerade nicht die gesetzlich normierten Rechtsbeziehungen. Unter Schutzgesichtspunkten des vornehmlich schwächeren Partners scheidet dieses Modell daher aus.

Vielmehr bedarf es einer Regelung, die einen generellen Schutz für alle nichtehelichen Lebensgemeinschaften bietet. Das dagegen vorgebrachte Argument, dass die nichtehelichen Partner dies nicht wollten, überzeugt nicht. Im Umkehrschluss müsste man ansonsten auch annehmen, dass alle Ehegatten die eherechtlichen Vorschriften befürworten und in deren Kenntnis die Ehe eingehen. Dass dem jedoch nicht so ist, zeigt die steigende Anzahl von Eheverträgen in den letzten Jahren. Im Ergebnis ist somit auf das rein faktische Zusammenleben abzustellen.

4. Unterhaltsrecht

Der wohl größte Regelungsbedarf besteht im Unterhaltsrecht. Hierzu schlage ich eine klarstellende Vorabregelung nach dem Vorbild des Art. 515-4 Code Civil vor, wonach die nichtehelichen Lebenspartner zur gegenseitigen finanziellen Unterstützung verpflichtet sind. In Fällen der so genannten „Hausfrauen-Lebensgemeinschaft“ würden Unterhaltsverpflichtungen dann bereits während des nichtehelichen Zusammenlebens bestehen.

Die Ansprüche des Kindesbetreuenden Partners gemäß § 1615I BGB sind angemessen. In den verbliebenen Fallkonstellationen bedarf es jedoch weiterhin einer gesetzlichen Regelung. Hierunter fallen die langjährige Pflege des nichtehelichen Lebensgefährten und die Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung eines gemeinsamen Kindes oder zur übereinstimmenden Verwirklichung der so genannten „Hausfrauen-Lebensgemeinschaft“.

Derjenige Partner, der sich der Pflege des anderen oder den außerhalb des Er-

werbslebens liegenden Aufgaben widmet, riskiert seine wirtschaftliche Existenzsicherung. Ihm ist dabei die Sicherung des laufenden Unterhalts genauso wenig möglich wie eine spätere Altersvorsorge. Die Notwendigkeit diesen Partner gesetzlich zu schützen, ist dabei unabhängig vom formellen Status der Beziehung. Es darf keinen Unterschied machen, ob die Partner ehelich oder nichtehelich zusammengelebt haben.

Der Grund für die Unterhaltsgewährung bei vorübergehender Erwerbslosigkeit des Partners liegt in der finanziellen Unterstützung bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Hierbei fallen neben den regelmäßigen Lebenshaltungskosten auch Kosten für Schulungsmaßnahmen an, die der finanziell mittellose Partner nicht aufzubringen vermag.

In einem weiteren Schritt sind überdies besondere Anforderungen an die Angemessenheit der Erwerbstätigkeit und die Höhe des zu gewährenden Unterhalts zu stellen. Da der Unterhaltsanspruch nur eine vorübergehende Unterstützung, eine Art „Starthilfe“ darstellt, ist dem ehemaligen Lebensgefährten auch eine unter der jeweiligen individuellen Qualifikation liegende Berufstätigkeit zumutbar. Im Gegenzug kann der Unterhaltsanspruch quasi als Aufstockungsunterhalt im Sinne von § 1573 Abs. 2 BGB dann zugesprochen werden, wenn die Einkünfte aus der Erwerbstätigkeit nicht zum Bestreiten eines angemessenen Lebensunterhalts ausreichen.

Anknüpfungspunkt für eine angemessene finanzielle Unterstützung sollte demnach nicht die vorherige Beziehung sein. Vielmehr kann als Mindestbetrag auf einen durchschnittlichen Singlehaushalt eines Geringverdieners abgestellt werden. Dieser sollte je nach Einkommen und Vermögen des unterhaltspflichtigen Partners entsprechend angehoben werden.

Ebenso ist eine zeitliche und in der Höhe nach begrenzte Unterhaltsregelung aufzunehmen. Dabei müsste die maximale Bezugsdauer – im Einklang mit der oben geforderten Kongruenz ehelicher und nichtehelicher Ansprüche – bei fünf Jahren liegen. Dieser Zeitraum kann in Anbetracht der Dauer der Beziehung

auch im jeweiligen Einzelfall angemessen festgesetzt werden. Bei der Höhe des Unterhalts sollte dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zukommen, wobei ich als absolute Obergrenze das deutsche Durchschnittsgehalt eines Arbeiters vorschlage.⁹⁴²

Ferner soll den nichtehelichen Lebensgefährten ausdrücklich die Möglichkeit gegeben werden, von den gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen abzuweichen oder sie auszuschließen. Eine individual-vertragliche Regelung – nach dem Vorbild des „Ehevertrages“ – wird dem jeweiligen Einzelfall am ehesten gerecht werden.

Verschuldensgesichtspunkte sind nicht zu berücksichtigen. Auch wenn nicht-eheliche Lebensgemeinschaften eine höhere Auflösungsrate als Ehen haben und dies hauptsächlich an der leichteren Beendigungsmöglichkeit liegt, darf das Schuldmerkmal bei der unterhaltsrechtlichen Beurteilung keine Rolle spielen. Vielmehr ist hier auf das Zerrüttungsprinzip gemäß § 1565 Abs. 1 BGB zurückzugreifen, wonach bei gescheiterter Lebensgemeinschaft die Beendigung der Beziehung vermutet wird.

Letztlich sollte in einer weiteren Vorschrift der unterhaltsrelevante Beginn und das Ende der nichtehelichen Lebensgemeinschaft festgelegt werden. Hierzu ist bezüglich des Anfangs der Partnerschaft auf den Beginn des Zusammenlebens abzustellen. In der Regel entstehen erst dann die typischen Fallkonstellationen wie Vermögensvermischung und gemeinsames Wirtschaften, die zu späteren Streitigkeiten führen können. Im Hinblick auf das Ende der Lebensgemeinschaft ist auf den Zeitpunkt des ausdrücklich oder konkludent geäußerten Willens eines Partners, die Beziehung endgültig beenden zu wollen, abzustellen.

Sind diese für die Unterhaltsbestimmung relevanten Zeitpunkte zwischen den Parteien streitig, hat das Gericht – nach Durchführung der Beweisaufnahme – den genauen Zeitraum in seiner Entscheidung festzulegen.

⁹⁴² Dies dürfte derzeit bei ca. 2.500 Euro (brutto) liegen; vgl. dazu die Angaben des Statistischen Bundesamtes (http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_jb22_jahrtab63.asp).

Im Übrigen ist zur zusätzlichen Schaffung von Rechtssicherheit die Möglichkeit des so genannten „opt-in“ zu befürworten, wonach nichteheliche Lebensgemeinschaften zur Klarstellung eine Registrierung vornehmen lassen können.⁹⁴³

5. Güterrecht

Die Frage der Aufteilung von Vermögensgegenstände ist von erheblicher Bedeutung.

Mit Eingehung der Lebensgemeinschaft sollte bezüglich des vorpartnerschaftlichen Vermögens strikte Gütertrennung erfolgen. Für das gemeinsam während der Partnerschaft angeschaffte Vermögen schlage ich eine am ehelichen Zugewinnausgleich orientierte Lösung vor.⁹⁴⁴ Dies soll jedoch nur für den Fall gelten, dass einer der beiden Partner während der gesamten oder weit überwiegenden Dauer der Beziehung erwerbslos geblieben ist. Durch die Haushaltsführung oder Betreuung eines gemeinsamen Kindes wird dem anderen die Anschaffung von erheblichen Vermögenswerten überhaupt erst ermöglicht. In Ähnlichkeit zu ehelichen Verhältnissen ist die geleistete Haushaltstätigkeit und Kindeserziehung als mit der Erwerbstätigkeit gleichrangig anzusehen. Deshalb muss der nicht erwerbstätige Partner auch am Vermögenszuwachs beteiligt werden. Dies kann meines Erachtens am effektivsten durch die Schaffung eines Ausgleichsanspruchs gegen den wirtschaftlich stärkeren Partner verwirklicht werden. Dabei sollten folgende Voraussetzungen für das Vorliegen eines derartigen Anspruches normiert werden:

⁹⁴³ Vgl. insoweit *Scherpe*, in: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 603.

⁹⁴⁴ Für eine „Gesamtlösung des Vermögensausgleichs nach Auflösung von Partnerschaften“ in Form der „partnerschaftsbedingten Vor- und Nachteile“ spricht sich *Schwenzer* in *RabelsZ* 2007, 705, 717 aus.

Es bedarf eines konkreten Vermögensgegenstandes, der während der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft angeschafft worden ist. Dieser soll vorrangig der Verwirklichung und Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft dienen. Bei Auflösung entstünde dann ein Auszahlungsanspruch in Geld. Dieser ist gegenüber dem Gesellschaftsrecht, Schenkungsrecht, Bereicherungsrecht und einer Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorrangig heranzuziehen. Zur Sicherung dieses Anspruchs schlage ich zusätzlich eine Verfügungsbeschränkung des vermögenden Partners vor, die sich an §§ 1365, 1369 BGB orientieren sollte.

Gehen jedoch beide Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einer Erwerbstätigkeit nach, so besteht grundsätzlich kein vorrangiges Schutzbedürfnis. In diesem Fall können die Partner zur angemessenen Aufteilung des angeschafften Vermögens auf eine Vertragsregelung verwiesen werden.

Ferner müsste auch eine Regelung zur Aufteilung der angeschafften Hausratsgegenstände geschaffen werden. Eine Formulierung könnte sich an § 2 HausrVO orientieren, um dem Gericht einen möglichst weiten Ermessensspielraum bei der Zuteilung der Gegenstände einzuräumen. Gleichzeitig ist dem Kindesbetreuenden Partner ein Recht auf Wohnungszuweisung in Anlehnung an § 1361b BGB einzuräumen.

6. Kindschaftsrecht

Im Rahmen des Sorgerechts des nichtehelichen Vaters vertrete ich eine äußerst weitgehende Regelung bzw. Änderung der bisherigen Rechtslage. Demnach ist dem Vater ein elterliches Sorgerecht von Geburt des Kindes an einzuräumen. Eine Kompromisslösung für den nichtehelichen leiblichen Vater, innerhalb der ersten sechs Monate das Sorgerecht ausschließen zu können, leh-

ne ich ab.

Die derzeitige Sorgerechtsregelung des nichtehelichen Vaters stellt sich als verfassungswidrige Diskriminierung dar, da dieser ein Teil der Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG ist. Das Grundgesetz spricht ausdrücklich nicht von der ehelichen Familie, sondern weist auch den nichtehelichen Familien einen grundrechtlichen Schutzbereich zu. Wird dem nichtehelichen Vater nunmehr die Verwirklichung seines Sorgerechts gesetzlich verwehrt, ist er damit in seinem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG verletzt. Ihm steht im Extremfall – nach derzeitiger Rechtslage – selbst bei jahrelangem Zusammenleben mit seinem Kind kein Mitspracherecht bei Sorgerechtsfragen zu.

Die Parallelproblematik zu § 1615I BGB ist dabei beachtenswert. Das fehlende Sorgerecht des nichtehelichen Vaters ist auch eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 6 Abs. 5 GG des nichtehelichen Kindes gegenüber dem ehelichen Kind. Das Kind kann sich schließlich nicht aussuchen, ob es in eine eheliche oder nichteheliche Beziehung hineingeboren wird. Die Versagung des Sorgerechts des nichtehelichen Vaters stellt aber eine Diskriminierung des nichtehelichen Kindes dar, weil ein eheliches Kind die volle Sorge seines Vaters erfährt. Das nichteheliche Kind hat daher eine Art „Vater zweiter Klasse“, der in wesentlichen Fragen der Kindeserziehung keinerlei Mitspracherecht hat. Das Sorgerecht gehört neben dem Umgangsrecht jedoch zu den wichtigsten Elementen im Leben und der Erziehung des Kindes.

7. Mietrecht

Obgleich sich das Mietrecht in einigen Bereichen des nichtehelichen Zusammenlebens bereits positiv entwickelt hat, bedarf es auch hier einiger Anpassungen. So ist der Vorschlag von *Schwidich* Zustimmungswürdig, wonach dem Mieter ein gesetzlicher Anspruch auf Aufnahme seines Lebensgefährten in die Wohnung zukommen soll, und zwar – entgegen dem jetzigen § 553 Abs. 1 BGB

– gänzlich unabhängig von der Zustimmung des Vermieters.⁹⁴⁵ Ferner ist auch die Schaffung eines gerichtlichen Rechtsschutzes des Hinzugezogenen gegen eine Räumungsklage des mietenden Lebensgefährten zu begrüßen. Der Schwächere der beiden muss in besonderen Härtefällen – für die das Gesetz bislang keine Regelungen vorsieht – geschützt werden.⁹⁴⁶

8. *Erbrecht*

Auch im Erbrecht besteht Regelungsbedarf. Dabei ist zunächst eine gesetzliche Erstreckung der §§ 1932, 1969 BGB auf nichteheliche Lebensgefährten erforderlich. Ebenso wichtig ist die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Lebensgefährten. Hierzu schlage ich eine dem § 1931 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung vor. Der Lebensgefährte sollte neben den Verwandten der 1. Ordnung gemäß § 1924 BGB gleichberechtigt sein. Dies erscheint mir auch im Hinblick auf die vergleichsweise häufige testamentarische Lösung der Erbfolge angemessen. Lehnt der Erblasser eine derartige gesetzliche Regelung ab, kann er eine anderweitige Regelung testamentarisch festlegen.

Jedoch würde ich das Entstehen des gesetzlichen Erbrechts an eine Mindestdauer der Partnerschaft knüpfen. Diese sollte bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern ca. zehn Jahre, bei sonstigen ca. fünfzehn Jahre betragen. Hierdurch wird noch stärker als beim nichtehelichen Unterhaltsrecht an den Vertrauenstatbestand angeknüpft. Im Übrigen sollte den nichtehelichen Lebenspartner auch die Möglichkeit eingeräumt werden, das „Berliner Testament“ gemäß § 2267 BGB gemeinsam zu errichten.

⁹⁴⁵ *Schwidich*, S. 224.

⁹⁴⁶ *Schwidich*, a.a.O.; vgl. dazu auch *Schwenzer*, MFC, S. 39.

9. Sonstige Rechtsgebiete

Auch im Versorgungsrecht sollte für den Fall der Partnerpflege oder „Hausfrauen-Lebensgemeinschaft“ eine angemessene Regelung gefunden werden. Die Absicherung im Alter ist ebenso wichtig wie das momentane Bestreiten des Lebensunterhalts.

Folgende bereits oben ausführlich angesprochene Regelungen bedürfen ebenfalls einer Ausweitung des Anwendungsbereichs auf nichteheliche Lebensgemeinschaften:

- Die Eigentums- und Gewahrsamsvermutung gemäß §§ 1362 BGB, 739 ZPO.
- Die partnerschaftliche Sorgfaltspflicht gemäß § 1359 BGB.
- Das dingliche Wohnungsrecht gemäß § 1093 Abs. 2 BGB.
- Der Angehörigenprivileg gemäß §§ 116 Abs. 6 SGB X, 67 Abs. 2 VVG.
- Der Ersatzanspruch bei Tötung gemäß § 844 Abs. 2 BGB⁹⁴⁷.
- Das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß §§ 383 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO.
- Der Angehörigenbegriff gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

10. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Familiengerichte für die Rechtsstreitigkeiten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft müsste gesetzlich bestimmt werden, weil die formulierten Ansprüche aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaften der Ehe in der Sache am Nächsten stehen.

⁹⁴⁷ Wobei dies auch bei Einführung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs nicht obsolet würde, da es hier hauptsächlich um die faktische Unterhaltsverpflichtung während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geht.

J. Zusammenfassung und Thesen

I. Allgemeine Thesen

1. Das „soziale Phänomen“ der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hält durch die steigenden Zahlen weiterhin an. Dabei ist sie keinesfalls auf Deutschland oder Europa beschränkt, sondern mittlerweile eine weltweite Erscheinungsform des partnerschaftlichen Zusammenlebens.

2. Die Beweggründe für das Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind vielfältig. Es besteht jedoch die allgemeine Tendenz, dass junge Erwachsene zunächst mit ihrem Partner für eine gewisse Zeit nichtehelich zusammenleben, bevor sie einen Eheschluss in Betracht ziehen.

3. Die Zahl der in nichtehelichen Lebensgemeinschaften geborenen und lebenden Kinder ist im Laufe der letzten Jahre weiter angestiegen. Dies macht eine angemessene Regelung des väterlichen Sorgerechts notwendig.

4. Der Blick in die europäischen Nachbarländer zeigt, dass relativ unterschiedliche Instrumentarien zur gesetzlichen Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entwickelt worden sind.

5. Die Vorschrift des § 1362 Abs. 1 BGB ist verfassungsgemäß. Dies setzt jedoch die mit der herrschenden Meinung in der Literatur einhergehende analoge Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften voraus.

6. Die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB ist auf nichteheliche Lebensgemeinschaften analog anwendbar. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift steht das Risiko der Vermögensvermischung im Vordergrund, die bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften genauso wie bei Eheleuten auftreten. Insofern besteht die gleiche Interessenlage für den Gläubiger. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Gewahrsamsvermutung bei § 739 ZPO.

7. Eine ganze Reihe von Vorschriften sind bereits heute *de lege lata* auf nichteheliche Lebensgemeinschaft zu erstrecken. Hierunter fallen §§ 553, 1093 Abs. 2, 1359, 1362, 1932, 1969 BGB, 739 ZPO, 116 Abs. 6 SGB X, 383 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 52 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 11 Abs. 1 Nr. StGB.

8. Die von der Rechtsprechung bemühten schuldrechtlichen Grundsätze konnten nur in Einzelfällen billige und gerechte Ergebnisse schaffen. Sie eignen sich jedoch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht für eine generelle Anwendung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften. Lediglich das Bereicherungsrecht und die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bieten einen abstrakten Ansatzpunkt, um eine Rückabwicklung geleisteter Beiträge durchzusetzen.

9. Das Verfassungsrecht steht einer gesetzlichen Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht entgegen, so lange diese dadurch nicht gänzlich der Ehe gleichgestellt wird oder letztere benachteiligt.

II. Besondere Thesen

1. Der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist in Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht zu definieren.
2. Als Kriterien zur Bestimmung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dienen die Intensität und Dauer der Beziehung, die Art des gemeinsamen Zusammenlebens, die Verwirklichung sexueller Beziehungen, der Grad der persönlichen und finanziellen Abhängigkeit, die Pflege und Betreuung eines nicht notwendigerweise gemeinsamen Kindes, die Teilung der regelmäßig anfallenden Haushaltungsaufgaben sowie die Haltung der beiden Partner zu ihrer Beziehung.
3. Die zu fordernde Mindestdauer einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil sie über die damit zusammenhängenden Folgeprobleme einer zuverigen Lebensgemeinschaft korrespondiert. Eine genaue Bestimmung der Dauer sollte jedoch der Rechtsprechung überlassen werden.
4. Das Erfordernis eines Publizitätsaktes überzeugt nicht, da die damit einhergehende Umgehungsgefahr aus Schutzgesichtspunkten überwiegt.
5. Für den Fall der Kindesbetreuung bietet § 1615I BGB einen ausreichenden Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Partners. Durch die Gleichstellung der nichtehelichen mit der ehelichen Mutter in § 1609 Nr. 2 BGB wurde eine angemessene Lösung geschaffen. Jedoch sollten §§ 1611, 1614 BGB von der Anwendung bei § 1615I BGB ausgeschlossen und die unterschiedliche Behandlung der Erbenhaftung in §§ 1586b Abs. 1 S. 3, 1615I Abs. 3 S. 1 BGB aufgehoben werden.

6. In den Fällen der langjährigen Pflege des Partners oder der so genannten „Hausfrauenlebensgemeinschaft“ ist der wirtschaftlich schwächere Partner gesetzlich abzusichern. Ferner besteht auch im Versorgungsrecht Regelungsbedarf.

7. Im Bereich des Güterrechts soll eine gerechte Aufteilung der während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft angeschafften Vermögensgegenstände erfolgen. Überdies ist eine der Hausratsverordnung ähnliche Regelung zu fordern und dem Kindesbetreuenden Partner ein Recht auf Wohnungszuweisung in Anlehnung an § 1361b BGB zu ermöglichen.

8. Das Sorgerecht des nichtehelichen leiblichen Vaters muss aus verfassungsrechtlichen Gründen gestärkt werden. Ihm ist daher ein mit Geburt des Kindes entstehendes Sorgerecht gesetzlich einzuräumen.

9. Dem Mieter soll ein gesetzlicher Anspruch auf Aufnahme seines nichtehelichen Lebensgefährten in die Mietwohnung zukommen, der gänzlich unabhängig von der Zustimmung des Vermieters ist. Ferner muss dem hinzugezogenen Lebensgefährten ein gerichtlicher Rechtsschutz ermöglicht werden, um sich gegen eine Räumungsklage des mietenden Lebensgefährten in besonderen Härtefällen zu schützen.

10. Die erbrechtlichen Schutzvorschriften der §§ 1932, 1969 BGB sind auf den nichtehelichen Lebensgefährten zu erstrecken. Bei Partnerschaften von langer Dauer kann dem überlebenden Lebensgefährten ein gesetzliches Erbrecht eingeräumt werden, wonach dieser neben den Abkömmlingen des Erblassers gleichberechtigt zur Erbschaft berufen ist.

11. Letztlich ist eine Zuweisung zu den Familiengerichten für sämtliche Rechtsstreitigkeiten in nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu fordern.